Die

rechtliche Stellung der Beteiligten

bei einer

nicht rechtmäßigen Hinterlegung

auf Grund der §§ 372 ff. B. G. B.

nach Reichsrecht und preußischem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Paul de Carbonnel,

Referendar.

ACAD. JURID. BAT. NORM.

Rostock 1904.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

Herrn

Amtsgerichtsrat Hirsch zu Drossen

in aufrichtiger Verehrung

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0044

Disposition.

§ 1. Einleitung.

I. Die rechtliche Natur der nicht rechtmässigen Hinterlegung.

1. Die rechtliche Natur der rechtmässigen Hinterlegung:

§ 2. a) sie ist ein privatrechtliches Verhältnis, und zwar ein Vertrag,

§ 3. b) sie ist ein Verwahrungsvertrag,

§ 4. c) sie ist ein Vertrag zugunsten eines Dritten.

§ 5. 2. Was folgt daraus für die rechtliche Natur der nicht rechtmäßigen Hinterlegung?

II. Welche rechtlichen Beziehungen schafft danach die nicht rechtmässige Hinterlegung zwischen den Beteiligten?

§ 6. 1. im allgemeinen.

2. im einzelnen.

§ 7. a) als Verwahrungsvertrag.

b) als Vertrag zugunsten eines Dritten.

§ 8. α) in obligatorischer Beziehung.

§ 9. β) in dinglicher Beziehung.

III. Welche Mittel bietet das Gesetz zur Beseitigung der Wirkungen der nicht rechtmäßigen Hinterlegung?

§ 10. 1. im allgemeinen.

2. im einzelnen.

§ 11. a) die Anfechtung wegen Irrtums.

§ 12. b) die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung.

§ 13. c) die Klage auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung.

Litteraturnachweis.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch, Ausgabe mit Anmerkungen, 4. Aufl., herausgegeben von Greiff.

Bähr, Otto, Gegenentwurf zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Kassel 1891.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B., in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 42.

Beer, Ludwig, Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten. Leipzig 1900.

Biermann, Das Sachenrecht des B. G. B.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts.

Czyhlarz, Gerichtliche Deposition, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 6.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl.

Enneccerus und *Lehmann,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl.

Entscheidungen des preußischen Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, im Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung der Königlich Preußischen Staaten, Jahrgang 1882 und 1884.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 29. April 1881 (abgedruckt bei Beer S. 50 Anm. 1) und Bd. 11 Nr. 73, Bd. 18 Nr. 61.

Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl.

Gareis, Der Allgemeine Teil des B. G. B.

Grimm, Deutsches Wörterbuch. Leipzig 1877. Bd. IV.

Hagenauer, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat. Jena 1901.

Hellmann, in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 41, S. 239.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des B. G. B.

Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. München 1892.

Kober, im Kommentar zum Sachenrecht des B. G. B. von v. Staudinger.

Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht, 8. Aufl.

Kohler, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 17.

Kohler, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 13.

Kopf, Franz, Das Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Hinterlegungsstelle und den an der Hinterlegung Beteiligten (das Hinterlegungsverhältnis). Inaug.-Diss. Halle-Wittenberg 1903.

Loening, Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen seiner Beamten.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht.

Mayring, im Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. von v. Staudinger.

Motive zum Entwurf eines B. G. B. Guttentag.

Mühsam, Die gerichtliche Hinterlegung, inbesondere zum Zwecke der Schuldbefreiung, nach Gemeinem Recht und B. G. B. Berlin 1900.

Müller, Hinterlegung zur Schuldbefreiung, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 41.

Oertmann, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 79.

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Regelsberger, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 67.

Rosenberg, Gläubigerverzug, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 43.

Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B.

Seligsohn, in Gruchots Beiträgen, Bd. 34.

Stahl, Die Verträge zugunsten Dritter, nach dem B. G. B. Inaug.-Diss. Münster 1899.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem B. G. B., Abdruck aus Iherings Jahrbüchern, Bd. 38.

Unger, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 10.

Wendt, Der mittelbare Besitz des B. G. B., im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 87.

Wischnath, Hinterlegung nach B. G. B. Inaug.-Diss. Erlangen 1900.

Paragraphen ohne Zusatz bedeuten solche des B. G. B. — H. O. bedeutet Preußische Hinterlegungsordnung.

Im übrigen sind die Abkürzungen die allgemein gebräuchlichen.

§ 1.

Einleitung.

Die Hinterlegung der §§ 372 ff. B. G. B. stellt sich dar als ein Mittel, dessen sich der Schuldner bedienen kann zur Aufhebung der Obligation (§ 378) bezw. zur Beseitigung ihrer Hauptwirkung gegen ihn (§ 379) ohne Mitwirkung des Gläubigers. Daß es nicht lediglich im Belieben des Schuldners stehen kann, ob er diesen Effekt einseitig, durch Hinterlegung, oder durch Vertrag mit dem Gläubiger herbeiführen will, ist von vornherein klar, und so knüpft denn das Gesetz eine die Rechte des Gläubigers beeinträchtigende Wirkung an die Hinterlegung nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen. Hierbei verfährt das B. G. B. in der Weise, daß es im Titel Hinterlegung die einzelnen Erfordernisse genau aufzählt [1]) und nachher die Wirkungen „der Hinterlegung" auf das Schuldverhältnis festsetzt. Daraus ist mit Sicherheit zu entnehmen, daß unter Hinterlegung im Sinne der Paragraphen, welche diese Wirkungen normieren, im konkreten Falle grundsätzlich [2]) nur diejenige zu verstehen ist, bei welcher alle diese Voraussetzungen gegeben sind: nur eine solche kann

[1]) Vgl. darüber Crome II S. 287 ff., Matthiaß I S. 426 ff., Planck zu § 372, Beer § 2 ff., Müller § 5 ff. u. a.

[2]) Dabei ist nämlich zu beachten, daß der Mangel mancher Erfordernisse geheilt werden kann dadurch, daß sich der Gläubiger gemäß § 376, 2, Z. 2 mit der Hinterlegung einverstanden erklärt.

in der in §§ 372 ff. bezeichneten Weise auf das Schuldverhältnis einwirken, insbesondere die Befreiung gemäss § 378 herbeiführen, nur eine solche ist, wie man kurz sagt, rechtmäßig [3]).

Unter nicht rechtmäßiger oder unrechtmäßiger [4]) Hinterlegung hat man demnach zu verstehen eine Hinterlegung, welche keine Wirkung hervorzubringen vermag auf das Schuldverhältnis, mit welchem sie nach der Hinterlegungserklärung in Zusammenhang steht, und zwar, weil mindestens eine der im Gesetz aufgezählten Voraussetzungen fehlt und auch durch Annahmeerklärung nicht ersetzt ist oder nicht ersetzt werden kann. Steht nun hiernach fest, daß eine nicht rechtmäßige Hinterlegung das zwischen Hinterleger und Drittem [5]) eventuell bestehende Schuldverhältnis in keiner Weise zu beeinflussen vermag, so ergibt sich daraus doch nicht, daß sie spurlos vorübergehe im Rechtsleben, denn der Vorgang als solcher ist mit der Feststellung der Unrechtmäßigkeit nicht aus der Welt geschafft, er ist nun einmal vorhanden und hat rechtliche Beziehungen geschaffen zwischen den Beteiligten, also zwischen Hinterleger, Hinterlegungsstelle und Drittem. Welcher Art diese sind, haben wir im folgenden näher zu untersuchen.

[3]) Auch das Gesetz gebraucht diesen Ausdruck, vgl. § 376, 2[2].

[4]) Dies Wort gebrauchen besonders die Motive, vgl. z. B. II S. 98 unten und S. 100.

[5]) Diesen Ausdruck müssen wir bei der unrechtmäßigen Hinterlegung gebrauchen anstelle von „Gläubiger", damit auch der Fall getroffen wird, daß die Hinterlegung nicht rechtmäßig ist, weil für einen Nichtgläubiger hinterlegt ist.

Da wir eine ausdrückliche Bestimmung darüber im Gesetz vergeblich suchen werden, so haben wir die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. heranzuziehen; um aber von diesen die hier einschlägigen herauszufinden, müssen wir uns erst klar werden über die rechtliche Natur der nicht rechtmäßigen Hinterlegung.

Dies können wir uns nun sehr erleichtern, wenn wir uns folgendes vor Augen halten:

Auch die nicht rechtmäßige Hinterlegung ist eine Hinterlegung, nur eben nicht eine rechtmäßige, d. h. mit den in §§ 372 ff. festgesetzten Wirkungen auf das Schuldverhältnis[6]); im übrigen unterscheidet sie sich von jener, wie schon im Eingange bemerkt, nur dadurch, daß ihr eins oder mehrere der gesetzlichen Erfordernisse der Rechtmäßigkeit fehlen.

Da nun das Gesetz über die rechtmäßige Hinterlegung eine ganze Reihe von Vorschriften aufgestellt hat, aus denen ihre rechtliche Natur ohne allzugrosse Mühe abzuleiten sein wird, so werden wir sehr zweckmäßig tun, wenn wir erst diese auf Grund jener Bestimmungen feststellen, um darauf durch Berücksichtigung der sich aus obigen Unterschieden etwa ergebenden Abweichungen Klarheit über die juristische Konstruktion der nicht rechtmäßigen Hinterlegung zu gewinnen und daraus die Antwort auf die im Thema unsrer Arbeit liegenden Fragen zu entnehmen.

[6]) Viel zu weit geht Beer, wenn er S. 38 behauptet, daß die nicht rechtmäßige Hinterlegung mit den §§ 372 ff. überhaupt nichts zu tun habe. Vgl. auch unten §§ 6 ff. dieser Arbeit.

I. Die rechtliche Natur der nicht rechtmässigen Hinterlegung.

1. Die rechtliche Natur der rechtmässigen Hinterlegung.

§ 2.

a) Sie ist ein privatrechtliches Verhältnis, und zwar ein Vertrag.

I. Wenn ein Schuldner Gebrauch macht von der ihm durch § 372, 1 gewährten Befugnis, so tritt er dadurch in rechtliche Beziehungen zu der Hinterlegungsstelle bezw. dem durch diese vertretenen Staat [7]). Welcher Art diese Beziehungen sind, insbesondere, ob sie dem öffentlichen oder dem Privatrecht angehören, ist, da die Hinterlegung in der neueren Entwicklung bei einer öffentlichen Stelle zu erfolgen hat, schon immer sehr bestritten gewesen, und dieser Streit ist auch durch das B. G. B. nicht aus der Welt geschafft worden.

Die eine Ansicht [8]) sieht in der Tätigkeit der Hinterlegungsstelle lediglich die Ausübung eines Staatshoheitsrechtes und leugnet demgemäß das Vorhandensein eines privatrechtlichen Verhältnisses schlechthin, die

[7]) Vgl. Preußische Hinterlegungsordnung §§ 7, 8.

[8]) Koch S. 399 Anm. 10, Loening S. 131 und Czyhlarz S. 670, zunächst nur für das frühere Recht; Endemann S. 818 ff. und Anm. 48 ebenda, und Kopf § 8 ausdrücklich auch für das B. G. B.

entgegengesetzte Meinung[9]) nimmt ein rein privatrechtliches Verhältnis an, und andere endlich haben eine vermittelnde Stellung inne, aber mit einer Neigung entweder mehr zu der einen oder der andern Ansicht[10]).

Seine Hauptbedeutung hat der Streit für die Zulässigkeit des Rechtsweges, denn die Vornahme hoheitlicher Amtshandlungen kann nach preußischem Recht

---

[9]) Foerster-Eccius S. 308 Anm. 95, Reichsgericht, besonders vom 29. April 1881, abgedruckt bei Beer S. 50 Anm. 1, ferner Bd. 11 Nr. 73 und Bd. 18 Nr. 61 (denn es läßt hier die Widerklage bezw. Klage gegen den Fiskus ohne weiteres zu, nimmt also offenbar ein Privatrechtsverhältnis an, vgl. dazu unten S. 5/6) und Seligsohn S. 331/2 Anm. 6, sämtlich zunächst nur für das frühere Recht; für das B. G. B. besonders Hellwig Anm. 893, Müller S. 418, Dernburg II S. 278 II, Matthiaß I S. 429 B. 3, Planck II S. 154 Nr. 4, usw. Vgl. die Nachweisungen bei Kopf S. 15/16.

[10]) So halten Oertmann (wenigstens für das frühere Recht) und Otto Mayer das Verhältnis grundsätzlich für ein öffentlich rechtliches, lassen aber ausnahmsweise das Privatrecht einwirken (vgl. Oertmann einerseits civ. Archiv 79 S. 247 ff., andrerseits ebenda S. 251; Otto Mayer II S. 323 und Anm. 6 dort einerseits und II S. 330 bei Anm. 15 und diese selbst andrerseits), während der preußische Kompetenzkonfliktsgerichtshof, Spieß und Beer, und zwar die ersteren beiden zunächst nur für das frühere Recht, Beer auch für das jetzige, grundsätzlich ein privatrechtliches Verhältnis annehmen, welches aber in verschiedenen Beziehungen durch das öffentliche Recht begrenzt und modifiziert werde (vgl. Urteile des Kompetenzgerichtshofes im Ministerialblatt f. d. ges. innere Verw. d. Kgl. Preuß. Staaten, besonders 1882 S. 243 ff., insbesondere 246 unten, 247 oben, und 1884 S. 248 ff. Spieß, „Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten", Berlin 1890, S. 63 ff., Beer § 7.

gemäß § 36 der Verordnung vom 26. Dez. 1818 (in Verb. mit Art. 55 Einf.-Ges. zum B. G. B.) nicht im Rechtswege erzwungen werden, während Privatrechtsstreitigkeiten nach Gerichtsverfassungsgesetz § 13 grundsätzlich vor die ordentlichen Gerichte gehören [11]).

Die öffentlichrechtliche Anschauung wird ausdrücklich für das jetzige Recht vertreten von Endemann [12]) und Kopf [13]).

Es ist dies um so bemerkenswerter, als gerade für das B. G. B. die weitaus überwiegende Meinung ein Privatrechtsverhältnis annimmt und auch einer der Hauptvertreter der — wenigstens grundsätzlich — öffentlichrechtlichen Anschauung, Oertmann, dem neuen Gesetzbuch gegenüber seine Ansicht in der Hauptsache aufgegeben hat [14]).

Die ausführlichste Begründung für die öffentlichrechtliche Ansicht gibt in weiterer Ausführung der Meinung Endemanns Kopf in § 8 seiner Abhandlung. Um zu einer Entscheidung darüber zu gelangen, ob bei der Hinterlegung die Beziehungen des Staates zu seinen Untertanen öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sind, geht Kopf aus von den Begriffsbestim-

[11]) Praktisch kommen die angeführten vermittelnden Meinungen sämtlich auf dasselbe heraus, indem die einen den Rechtsweg grundsätzlich ausschließen, ihn aber zulassen, wenn ganz bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, die andern ihn grundsätzlich zulassen, ihn aber ausschließen, sobald dieselben Voraussetzungen nicht zutreffen.

[12]) a. a. O.

[13]) a. a. O.

[14]) Vgl. Kommentar, Vorbemerkung zum Titel „Hinterlegung", Z. 4.

mungen, welche im Einklang mit der communis opinio Wach, Otto Mayer und Leuthold gegeben haben, „es handle nämlich der Staat öffentlichrechtlich bei Ausübung der Staatsgewalt, privatrechtlich, wenn er auftritt, wie es jeder Privatmann könnte, wenn er seinen Untertanen gegenüber als ihresgleichen, privatwirtschaftlich, als einfacher Privatmann sich benimmt, wenn er tut, was auch ein Privatmann tun könnte“ [15]). Um nun feststellen zu können, ob das eine oder das andere der Fall sei, so führt Kopf weiter aus, müsse man zweierlei beachten, einmal, ob der Staat im öffentlichen oder im privaten Interesse tätig werde und sodann, ob im positiven Recht sich vielleicht Andeutungen für die öffentlichrechtliche oder die bürgerlichrechtliche Auffassung fänden [16]). Da nun bei der Hinterlegung zweifellos ein öffentliches Interesse vorliege und da öffentlichrechtliche Interessen grundsätzlich auch auf öffentlichrechtlichem Wege befriedigt würden, so spreche eine Vermutung dafür, daß dabei auch nur öffentliches Recht zur Anwendung käme [17]). Diese Vermutung könne zwar noch durch das Gesetz widerlegt werden aber das geschehe in der Hinterlegungsordnung nicht, vielmehr finde sich in ihr manches, was diese Vermutung bestätige, so das Vorkommen des Wortes

---

[15]) Vgl. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses, S. 93 ff., Otto Mayer I S. 138 ff. und Archiv für öff. Recht Bd. 3 S. 35, Leuthold in den Hirthschen Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik 1884 S. 361, 363 Anm. 2.

[16]) Kopf S. 38 oben.

[17]) Kopf S. 44 Mitte, in Verb. mit S. 38 bei Anm. 121.

„Gesuch“ in §§ 14, 15, 22, 30 H. O., welches in der preußischen Rechtssprache ausschließlich bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen gebraucht werde, und vor allem die Bestimmung, daß die aus der Abschätzung von Kostbarkeiten durch Sachverständige gemäß § 42 H. O., sowie die aus der Übersendung der hinterlegten Gegenstände durch die Post entstehenden Kosten gemäß § 45 H. O. auf demselben Wege beigetrieben werden sollen, wie die öffentlichen Abgaben [18]).

Endlich gehöre das Hinterlegungswesen bei den Amtsgerichten nach ganz allgemeiner Anschauung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, es liege hier also zweifellos ein öffentlichrechtliches Verhältnis zugrunde; die Hinterlegung bei den Regierungen richte sich aber im wesentlichen nach denselben Normen wie die bei den Gerichten: aus der öffentlichrechtlichen Natur des Hinterlegungswesens bei den Gerichten folge daher dasselbe für die Natur des administrativen Hinterlegungswesens [19]).

Aus diesen Gründen sei für das Verhältnis zwischen Hinterleger bezw. Drittem und Hinterlegungsstelle lediglich das öffentliche Recht maßgebend.

Die Ausführungen von Kopf haben auf den ersten Blick manches für sich, man wird ihnen aber dennoch nicht beitreten können.

Von vornherein ist jedenfalls daran festzuhalten: Der Umstand, daß der Staat es ist, zu welchem der Hinterlegende durch die Hinterlegung in Beziehungen

[18]) vgl. Kopf S. 44 ff.

[19]) Kopf 44/45 und ähnlich Endemann S. 816.

tritt, kann allein für sich nicht maßgebend sein für den Ausschluß eines Privatrechtsverhältnisses. Nun wird man es nicht für zutreffend halten können, daß, wie Kopf [20]) behauptet, dem Staat bezüglich des gesamten Hinterlegungswesens jedes private Interesse fehle. Allerdings mag es richtig sein, daß ein nennenswerter Gewinn für den Staat nicht abfällt [21]), aber als privates Interesse, d. h. Interesse, wie es jeder Privatmann haben kann, muß auch ein bloßes Gefälligkeitsinteresse gelten [22]), und es ist nicht einzusehen, weshalb man ein solches dem Staat bezüglich des Hinterlegungswesens schlechterdings absprechen sollte. Es scheint dies auf der von altersher überkommenen Ansicht zu beruhen, daß der Fiskus rapax sei, daß der Staat also nicht als Persönlichkeit des Privatrechts in Betracht kommen könne, wenn er nicht auf materielle Vorteile bedacht sei.

Freilich wird man ohne weiteres zugeben, daß auch ein erhebliches öffentliches Interesse bei der Einrichtung der Hinterlegungsstellen gegeben ist, insofern, als durch ihre Qualität als Staats- und sonstiger Behörden den Beteiligten die größtmöglichste Sicherheit gewährt wird [23]). Ebensowenig soll bestritten werden, daß sie einem allgemeinen Bedürfnis dienen, da sie eben gerade im Einzelfall für den einzelnen tätig

---

[20]) S. 39 ff., ebenso Oertmann, Archiv S. 251 Mitte, 269 unten, Beer S. 46 ff., Kompetenzgerichtshof 1882 S. 247 unten, 248.

[21]) Vgl. Kopf S. 39 ff und Anm. 129.

[22]) Vgl. Oertmann, Archiv S. 269 Anm. 63.

[23]) Vgl. Kopf S. 33.

werden [23a]). Mir erscheint es jedoch überhaupt nicht gerechtfertigt, auf das etwa vorhandene öffentliche Interesse ein solches Gewicht zu legen, daß man daraus geradezu eine Präsumtion für die öffentlich-rechtliche Natur eines Rechtsverhältnisses herleitet. Einerseits nämlich kann und wird ein öffentliches Interesse auch sehr gut bei Privatunternehmungen größeren Stils, z. B. Privateisenbahnen, Privatposten, gegeben sein, andererseits wird auch bei allen Privatunternehmungen des Staates ein öffentliches Interesse vorliegen, mindestens indirekt, nämlich insofern, als der erzielte Gewinn dem Staat zugute kommt zur Erreichung seiner Zwecke, sehr oft aber auch ganz direkt. Wenn z. B. der Justizfiskus Bücher beschafft für die Gerichtsbibliotheken oder Papier und Tinte für die Gerichte, so tut er dies doch gewiß nur im öffentlichen Interesse, und doch ist das betreffende Rechtsgeschäft zweifellos ein privates.

Sehen wir daher von dem etwa vorhandenen öffentlichen Interesse gänzlich ab und suchen, von demselben Punkt ausgehend wie Kopf, direkt eine Antwort auf die Frage, ob der Staat im Hinterlegungswesen sich benimmt, wie es ein Privatmann auch könnte. Zu berücksichtigen haben wir dabei als wesentlich, daß der Staat, mag man nun annehmen, daß er dazu verpflichtet ist oder nicht [24]), Hinterlegungsstellen errichtet, daß er diesen die Annahme der Gegen-

[23a]) Kopf a. a. O.

[24]) Auch ein Privater kann öffentlich-rechtlich zu etwas verpflichtet sein, also könnte es auch der Staat als Privatmann.

stände unter ganz bestimmten Voraussetzungen zur Pflicht macht und daß er endlich für die Benutzung der Einrichtungen sich nur so viel gewähren läßt, daß er gerade auf seine Kosten kommt. Erwägt man dies alles, so ist nicht einzusehen, weshalb die Antwort nicht ohne weiteres lautet: auch ein Privatmann könnte, ohne daraus pekuniäre Vorteile ziehen zu wollen, eine Anzahl von Stellen einrichten, deren Inhaber ihm gegenüber verpflichtet wären, von jedermann Gegenstände anzunehmen mit der Abrede, sie einem anderen auszuhändigen, der Staat benimmt sich also bei der Hinterlegung gerade, wie es ein Privater auch könnte, mithin ist er auch als solcher zu behandeln.

Daß die Gegner zu ihrer Auffassung im Grunde genommen lediglich die Eigenschaft der Hinterlegungsstelle als einer öffentlichen Behörde bezw. als Vertreterin des Staates verleitet, beweist m. E. ganz deutlich folgendes: Hätte die Hinterlegung bei irgend einer großen Privatbank oder der Reichsbank [25]) zu erfolgen, so würde diese Hinterlegungsstelle ganz ebenso wie die gegenwärtig öffentliche der Befriedigung eines allgemeinen Bedürfnisses dienen, und man könnte ganz entsprechend sagen, die Hinterlegung bei einem beliebigen Dritten, wie sie im römischen Recht gestattet war, sei ausgeschlossen im Interesse einer grösseren Sicherheit der Beteiligten. Trotzdem würde auf das Hinterlegungsverhältnis hier wohl niemand das öffentliche Recht anwenden wollen.

[25]) Deren Geschäfte sind sicher privatrechtlicher Natur, so auch Endemann S. 819 Anm. 48d und Kopf S. 33.

Untersuchen wir zur Sicherheit noch, ganz auf dem im übrigen völlig richtigen Wege bleibend, den Kopf weiter einschlägt, wie sich das positive Recht zu der Frage stellt, so finden wir, daß die Hinterlegung im B. G. B. geregelt ist. Nicht zum wenigsten hieraus [26]) hat die ganz überwiegende Meinung in der Litteratur jedenfalls für das jetzige Recht den Beweis für die privatrechtliche Natur der Hinterlegung hergeleitet. Erst neuerdings ist auch diese Beweisführung stark angegriffen wieder durch Endemann und Kopf. Letzterer führt in Übereinstimmung mit Endemann [27]) dagegen aus [28]), das B. G. B. habe das Verhältnis zwischen Hinterleger bezw. Drittem und Hinterlegungsstelle grundsätzlich nicht berühren wollen und habe es nur aus praktischen Gründen einigemal gestreift, soweit es nämlich nötig gewesen sei zur Regelung der Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner [29]).

Demgegenüber ist zu bemerken: Allerdings ist das Verhältnis zwischen der Hinterlegungsstelle und den

---

[26]) Vgl. z. B. Oertmann, Kommentar, Vorbem. zum Titel „Hinterlegung" S. 104 und Z. 4 unten.

[27]) Vgl. S. 816.

[28]) S. 17/18.

[29]) Kopf beruft sich in Anm. 52 zum Beweise seiner Behauptung, daß das B. G. B. das Verhältnis zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle nicht als seine Materie behandele, auch auf die Äußerung Beers S. 43, daß sich das B. G. B. von einer bestimmten Konstruktion überhaupt nicht leiten lasse. Damit will Beer aber offenbar nicht dasselbe sagen wie Kopf, sondern er meint nur, dem Gesetzgeber habe, als er die betreffenden Vorschriften gab, keine bestimmte Konstruktion vorgeschwebt.

anderen Beteiligten nicht gerade sehr eingehend in §§ 372 ff. behandelt, aber nicht deshalb, weil sich das Gesetz einer Entscheidung der Frage, ob Privatrechtsverhältnis oder nicht, enthalten wollte, sondern weil das Gesetz an dieser Stelle die Erfüllungssurrogate behandelt und es somit gänzlich unsystematisch gewesen wäre, dabei die Regelung des Verhältnisses zwischen Hinterlegungsstelle und Hinterleger bezw. Drittem in den Vordergrund treten zu lassen. Daß das Gesetz in jenen Paragraphen auch das Verhältnis zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle als geregelt ansieht, beweist ganz deutlich Art. 145 Einf.-Ges.: „die Landesgesetze können über die Hinterlegung nähere Bestimmungen treffen, insbesondere . . . vorschreiben, daß . . . der Anspruch auf Rückerstattung mit dem Ablaufe einer gewissen Zeit oder unter sonstigen Voraussetzungen zugunsten des Fiskus erlischt". Diese Bestimmung bezieht sich, wie der folgende Satz mit seinem Hinweis auf §§ 382 usw. beweist, auch auf den Fall, daß das Recht des Gläubigers bereits endgültig erloschen ist, also auch auf das Verhältnis nur zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle, und doch nennt das Gesetz sie eine „nähere" Bestimmung über die Hinterlegung.

Die Motive[30]) und ebenso die Reichstags-Kommission[31]) halten das Verhältnis für ein privatrechtliches. Daraus kann man doch wohl folgern, daß der Gesetzgeber der Ansicht war, das Verhältnis im Gesetz

[30]) Vgl. III S. 389 zu § 927 im Anfang.

[31]) Vgl. bei Mugdan I S. 328.

auch in diesem Sinne geregelt zu haben, daß er also mindestens die Absicht dazu gehabt hat. Wenn nun auch nicht die bloße Absicht des Gesetzgebers maßgebend ist, so muß man doch sagen, daß diese im Gesetz deutlich genug zum Ausdruck gekommen ist, indem es dem Schuldner ein Recht, also ein privates Recht, zur Rücknahme [32]) in § 376, 1, bezw. einen Anspruch auf Rückerstattung in Art. 145 Einf.-Ges., dem Gläubiger ein Recht auf den hinterlegten Betrag (§ 382), ein Recht zur Empfangnahme [33]) (§§ 373, 380) gibt.

Allerdings ist durch die bloße Behandlung im B. G. B. die privatrechtliche Natur der Hinterlegung und der aus ihr entspringenden Rechte noch nicht gerade unumstößlich festgelegt, da sich das Gesetzbuch vereinzelt auch mit öffentlichrechtlichen Angelegenheiten befaßt [34]), aber da dies eben nur ganz vereinzelt und am allerwenigsten gerade im Recht der Schuldverhältnisse geschieht, so können wir, um uns der Ausdrucksweise unserer Gegner zu bedienen, geradezu umgekehrt behaupten, daß dadurch eine sehr starke Vermutung für die privatrechtliche Natur des Hinterlegungsverhältnisses [35]) aufgestellt wird, und wir müssen bei dieser

[32]) Vgl. darüber, daß sich dieses in erster Linie gegen die Hinterlegungsstelle richtet, nicht gegen den Gläubiger, auch unten § 7 II.

[33]) Dies ist gegen die Hinterlegungsstelle gerichtet, nicht etwa gegen den Schuldner, vgl. auch unten § 4, Nr. 2.

[34]) Vgl. die Nachweisungen bei Kopf S. 16/17.

[35]) Wir gebrauchen mit Kopf diesen Ausdruck der Kürze halber für das Verhältnis zwischen Hinterlegungsstelle und Hinterleger bezw. Drittem.

Auffassung um so mehr verbleiben, als die Vermutung durch die allgemeinen Erwägungen bestätigt wird.

Andrerseits nun ist gar nicht zu leugnen, daß sich gewisse öffentlichrechtliche Spuren für das Hinterlegungsverhältnis in der Hinterlegungsordnung finden. Auf den Ausdruck „Gesuch“ in §§ 14, 15, 22, 30 H. O.[36]) wird man zwar ebensowenig Gewicht legen können wie einzelne Vertreter der privatrechtlichen Auffassung[37]) auf die Ausdrücke „haften“ in § 8 und „in Anspruch nehmen“ in §§ 29, 1, 32 H. O.[38]), wohl aber kommen die oben S. 8 angeführten Bestimmungen der §§ 42, 45 H. O. in Betracht. Dies kann jedoch den angeführten Gründen gegenüber nicht ins Gewicht fallen. Ein vortreffliches Argument dafür, daß dies der privatrechtlichen Natur des Verhältnisses nicht schaden kann, können wir sogar aus dem Gesetz selbst entnehmen, wenn wir ein Rechtsverhältnis zum Vergleich heranziehen, welches schon in der bisherigen Litteratur vielfach angezogen ist, aber nur bei Gelegenheit des Kontrahierungszwanges, zum Beweise, daß dieser der Vertragsnatur nicht entgegenstehe[39]), nämlich das Rechtsverhältnis zwischen Post und Publikum beim Abschluß von Post-

---

[36]) Vgl. oben S. 8.

[37]) Foerster-Eccius a. a. O., Seeligsohn S. 331, Hirsch S. 94, Wischnath S. 3 ff.

[38]) Zustimmend bezüglich des letzteren Oertmann, Archiv S. 249, Beer S. 44 ff., Kopf S. 27/28.

[39]) Vgl. Hirsch S. 94, Hellwig Anm. 893, Schollmeyer, Vorbem. zum Titel Hinterlegung Z. 4 a. Anf, Beer S. 52, Müller S. 470, Rosenberg S. 233 usw.

geschäften aller Art. Dies weist eine ganz auffällige Ähnlichkeit mit dem Hinterlegungsverhältnis auf: Die Postanstalten dienen ebenso, wie die Hinterlegungsstellen, einem allgemeinen Bedürfnis; sie sind, wie diese, mit im öffentlichen Interesse errichtet; beide sorgen für die Auslieferung von Gegenständen an Dritte; der Post steht ein Monopol zu für ihre Tätigkeit, und zwar ein rechtliches, die Hinterlegungsstellen aber haben auch ein Monopol, wenngleich nur ein tatsächliches, ähnlich dem der Staatseisenbahnen, denn nur die Hinterlegung bei ihnen befreit den Schuldner; beide endlich sind zur Annahme von Gegenständen bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen verpflichtet [40]). Gemäß § 25 des Postgesetzes vom 28. Okt. 1871 erfolgt nun die Beitreibung des Portos nach Art der Beitreibung öffentlicher Abgaben, die Festsetzung der Strafen für Portodefraudationen nach §§ 34 ff. des Postgesetzes ähnlich wie im Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung der öffentlichen Abgaben und Gefälle der Str. P. O., es finden sich also ganz ebenso, wie bei der Hinterlegung, womöglich noch mehr als bei dieser, öffentlichrecht-

[40]) Es ist daher nicht recht verständlich, wenn Kopf S. 32 behauptet, daß „ein Vergleich des Hinterlegungsverhältnisses mit dem Rechtsverhältnis zwischen Post und Publikum nicht am Platze sei". Nicht etwa kann man als Unterschied geltend machen, daß bei den Postgeschäften der Adressat durch den Abschluß des Vertrages noch kein Recht erhalte. Dies ist zwar die herrschende Meinung, erscheint aber keineswegs gerechtfertigt; vgl. darüber Hellwig S. 520 ff., insbes. 523. Näher kann hier nicht darauf eingegangen werden.

liche Spuren. Wenn nun das Rechtsverhältnis bei der Post vom Gesetz ausdrücklich als Vertrag, also als privatrechtliches Verhältnis bezeichnet wird (§ 52 Abs. 2 des Postgesetzes) und demnach auch die communis opinio ein Privatrechtsverhältnis annimmt [40a]), so wird man bei der ganz auffallenden Ähnlichkeit der beiden Rechtsverhältnisse nicht fehlgehen, wenn man daraus denselben Schluß zieht für das Hinterlegungsverhältnis [41]).

Stimmt man unseren Ausführungen aber bisher zu, so muß man es auch als unzutreffend bezeichnen, wenn eine verbreitete Meinung [42]) trotz der privatrechtlichen Natur der Hinterlegung das öffentliche Recht maßgebend sein lassen will hinsichtlich der Prüfung der Empfangsberechtigung. Der preußische Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte führt in

---

[40a]) Vgl. die Nachweisungen bei Kopf S. 30.

[41]) Auch der oben S. 20/21 zitierten Behauptung Kopfs und Endemanns, daß wegen der einheitlichen Geltung der Hinterlegungsordnung für das Hinterlegungswesen bei Amtsgerichten und Regierungen aus der zweifellos öffentlichen Natur der Hinterlegungstätigkeit der Amtsgerichte dasselbe folge für die Tätigkeit der Regierungen, ist nicht beizustimmen, denn selbst wenn man jenes zugibt, so ist der Schluß daraus noch nicht richtig: Wenn jetzt wegen Überlastung der Regierungen ein Privater bezw. ein Subjekt, welches hierbei sicher als ein Privatsubjekt zu behandeln wäre, z. B. die Reichsbank, an deren Stelle träte und sich verpflichtete, auf der Grundlage der H.-O. zu kontrahieren, so würde hieraus doch auch niemand folgern, daß das Rechtsverhältnis bei beiden entweder öffentlichrechtlich oder umgekehrt bei beiden privatrechtlich sein mußte.

[42]) Der preußiscke Kompetenzkonfliktsgerichtshof, Spieß und Beer, vgl. oben Anm. 10, zweite Hälfte.

dieser Beziehung aus[43]): „Da die Hinterlegungsfonds nicht bestimmt sind, dem Staate als Finanzquelle zu dienen, so beschränkt sich das fiskalische Interesse, welches der Staat daran hat, daß die Auszahlung ausschließlich an den Berechtigten erfolgt, im wesentlichen darauf, daß kein Fall der Haftpflicht des Staates wegen Auszahlung an einen Nichtberechtigten eintritt. Dieses Interesse ist jedoch nur ein nebensächliches; in erster Linie hat die Hinterlegungsstelle als Organ der staatlichen Rechtsordnung die Rechte des Empfangsberechtigten und derjenigen Personen, welchen ein Recht auf den hinterlegten Gegenstand zusteht, zu wahren und demgemäß dafür zu sorgen, daß die Auszahlung nicht an einen Unberechtigten und daß sie nicht unter Verkürzung der Rechte Dritter erfolge . . . . . Demnach steht der Staat bei dieser Verwaltung dem die Auszahlung Nachsuchenden nicht als gleichberechtigter Kontrahent gegenüber, für welchen die Pflicht zur Rückzahlung aus dem durch die Hinterlegung begründeten Schuldverhältnisse zwischen dem Hinterlegenden und dem Staat entsprungen ist, sondern er hat eine den bei der Hinterlegung Beteiligten übergeordnete Stellung, der ohne wesentliches eignes Interesse seine Finanzeinrichtungen den Anforderungen der öffentlichen Rechtsordnung zudienste stellt und bei der Verwaltung Hoheitsrechte ausübt".

Demgegenüber ist zu bemerken: Allerdings steht die Hinterlegungsstelle in gewisser Weise über den

[43]) Ministerialblatt f. d. ges. innere Verw. in den Königl. Preuß. Staaten 1884 S. 249.

Parteien, allerdings hat sie dafür zu sorgen, daß die Auszahlung nicht an einen Unberechtigten usw. erfolge, aber damit ist keineswegs gesagt, daß sie nun deshalb als Organ der staatlichen Rechtsordnung zu betrachten sei. Ganz das Gleiche würde der Fall sein, wenn bei einem Privatmann hinterlegt wäre; auch dieser stände gleichsam über den Parteien, aber nur, weil er im Besitz der Gegenstände ist [43a]), und auch dieser hätte die Rechte des wirklichen Empfangsberechtigten zu wahren, aber nur, weil er sich sonst ersatzpflichtig machen würde. In nichts ist davon die Stellung der Hinterlegungsstelle verschieden [44]): nur aus ihrem Besitz ist ihre höhere Stellung herzuleiten, und die Prüfung der Legitimation erfolgt ganz wie unter Privatpersonen, keineswegs um der Empfangsberechtigten, um der salus publica willen [45]), sondern in allererster Linie, nicht nur nebenher, wie der Kompetenzgerichtshof und auch Oertmann behaupten, im Interesse des Fiskus, denn dieser würde nach § 8 H. O. dem wirklichen Berechtigten haften, wenn die Auszahlung an einen andern erfolgt wäre. Es wäre also bei Auszahlung an einen Nichtberechtigten infolge einer Unachtsamkeit der Hinterlegungsstelle nicht der wirklich Berechtigte

---

[43a]) „Beati possidentes!" kann man auch hier mit gewissem Recht sagen!

[44]) Wenn man allerdings von vornherein annimmt, daß der Rechtsweg ausgeschlossen sei, so stände sie in ganz anderer Weise über den Parteien; aber ob dies der Fall ist, soll ja erst festgestellt werden.

[45]) Vgl. Oertmann, Archiv S. 251 unten.

geschädigt, nicht die Rechtsordnung verletzt, sondern der Fiskus würde den Schaden haben [46]). Den besten Beweis dafür, daß die Hinterlegungsstelle nicht als Organ der Rechtsordnung bei der Prüfung der Legitimation zu betrachten ist, bietet doch die Tatsache, daß ihr die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung grundsätzlich entzogen ist.

Zu demselben Resultat kommt man, wenn man wieder das Rechtsverhältnis bei den Postgeschäften zum Vergleich heranzieht: auch der Post liegt bei Ausfolgung der Gegenstände eine oft sehr schwierige Legitimationsprüfung ob, auch sie hat für Aushändigung an den wirklich Berechtigten zu sorgen, und doch hat noch niemand behauptet, daß sie in dieser Beziehung als Hüterin der sozialen Ordnung zu betrachten sei [47]).

Jene Zweiteilung ist also willkürlich und unhaltbar, und der Rechtsweg gegen die Hinterlegungsstelle ist in vollem Umfange zulässig, denn nirgends ist im Gesetz bestimmt, daß er ausgeschlossen sein solle, ja, durch die Landesgesetzgebung kann dies wegen § 4 Einf.-Ges. zur Z. P. O. nicht einmal festgesetzt werden [48]).

II. Stimmt man demgemäß zu, daß der Staat bei der Hinterlegung lediglich als Privatsubjekt anzusehen ist, so kann der Annahme eines Vertrages zwischen ihm und dem Hinterlegenden auch der Zwang zum Kontrahieren nicht entgegenstehen, dem die Hinter-

[46]) So auch Seligsohn S. 332 Anm. 16, Kopf § 6, besonders S. 26.

[47]) Ebenso Seligsohn a. a. O.

[48]) Vgl. Foerster-Eccius a. a. O.

legungsstelle unterworfen ist[49]). Der Zwang als vis compulsiva, welcher hier allein in Frage kommen kann, hindert, wie Beer[50]) zutreffend bemerkt, das Zustandekommen eines Vertrages nicht einmal dann, wenn er rechtswidrig ist, da trotz des Zwanges, wie schon die Römer anerkennen[51]), eine Willenserklärung vorliegt. Wenn also eine Vereinbarung zustande kommt infolge eines von der Rechtsordnung selbst sanktionierten Zwanges, so mag dies allerdings eine Besonderheit sein, solange man aber, wie es doch ganz allgemein geschieht[52]), unter Vertrag „zwei zusammenstimmende Willensäußerungen" versteht, berechtigt uns diese Besonderheit keineswegs, an dem Vorliegen eines Vertrages zu zweifeln[53]). Besteht aber einmal eine solche Kontrahierungspflicht von größerem Umfange,

[49]) Anders Oertmann, Archiv S. 248 Mitte und Kommentar, Vorbemerkung zur Hinterlegung Z. 4 am Ende, und Endemann, S. 818 Anm. 48a. Die Ausführungen Oertmanns richten sich übrigens, wenn er die Vertragsnatur bestreitet, offenbar mehr gegen die privatrechtliche Natur als gerade, wenn man einmal ein Privatrechtsverhältnis annimmt, gegen die Vertragsnatur, während Endemann behauptet, infolge des Kontrahierungszwanges greife weder eine Vereinbarung noch eine inhaltliche Einigung platz. Vgl. auch unten § 7 I.

[50]) S. 51/52.

[51]) Vgl. l. 21 § 5 D 4,2: si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.

[52]) Vgl. Cosack I S. 153 II 1, Planck I S. 196, Matthiaß I S. 189 I, Endemann selbst I S. 318, Crome I S. 321 usw.

[53]) Es geht dies übrigens zugleich hervor aus unserer Betrachtung oben S. 17.

so kann es auch nicht befremden, daß das Gesetz die Grundlage für sie, die lex contractus, selbst festsetzt. Das eine ist vielmehr die ganz natürliche Folge des andern, denn ein solcher Kontrahierungszwang soll eben nicht ganz allgemein auferlegt werden, sondern nur, soweit dies nötig ist zur Erreichung der damit vorgesehenen Zwecke. Diese lex contractus bildet dann den Inhalt der Parteivereinbarungen [54]), wieder ganz ebenso wie bei der Post.

§ 3.

b) Sie ist ein Verwahrungsvertrag.

Wir konstatieren somit, daß die Hinterlegung als privatrechtliches Verhältnis und zwar als Vertrag anzusehen ist, und haben nunmehr zu untersuchen, ob dieser unter eine bestimmte Vertragskategorie des B. G. B. fällt oder nicht.

Wenn § 372 bestimmt, der Schuldner könne bei einer öffentlichen Stelle hinterlegen, so kann dies nach dem Sprachgebrauch [55]) zunächst nur heißen, er könne die betreffenden Gegenstände der Hinterlegungsstelle übergeben mit der Maßgabe, daß sie einstweilen dableiben sollen; und aus dem Rücknahmerecht des § 376, 1 geht hervor, daß der Schuldner grundsätzlich diese selben Gegenstände und grundsätzlich nach Belieben zurückfordern kann [56]). Damit charakterisiert

[54]) So auch Hellwig Anm. 893, Müller § 14 I Abs. 2.

[55]) Vgl. Grimm Bd. 4 Spalte 1510: „Hinterlegen = verwahrlich niederlegen."

[56]) Über den Charakter dieses Rücknahmerechts vgl. unten § 7 II.

sich die Hinterlegung deutlich als ein Verwahrungsvertrag im Sinne von §§ 688 ff. [57]).

Die Richtigkeit dieser Annahme wird auch bestätigt durch Art. 145 Einf.-Ges., der den Landesgesetzen anheimstellt, zu bestimmen, daß hinterlegte Gelder in das Eigentum des Fiskus übergehen sollen gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung. An ein Darlehen ist hier nicht zu denken, denn die Hingabe erfolgt im Interesse des Hinterlegenden, nicht der Hinterlegungsstelle, es kann also nur gedacht sein und ist auch ganz offenbar gedacht an ein depositum irregulare. Liegt aber bei der Hinterlegung von vertretbaren Sachen zweifellos ein depositum vor, so wird es auch der Fall sein bei nicht vertretbaren [58]).

Aus unseren Betrachtungen folgt nun, daß auf die Hinterlegung grundsätzlich alle Vorschriften des B. G. B. über den Verwahrungsvertrag anwendbar sind. Allerdings wird dies keine allzu große praktische Bedeutung haben, denn von den einschlägigen Bestimmungen sind z. B. unanwendbar § 690, weil die

[57]) So Hellwig S. 444 II 1, Crome II S. 277 Mitte, Dernburg II 1 S. 278 II, Enneccerus und Lehmann I S. 514, Müller S. 470, Schollmeyer, Vorbem. zum Titel Hinterlegung Z. 4 am Anf.

[58]) Etwas anderes scheint mir auch Hellwig in Anm. 893, zweite Hälfte, nicht sagen zu wollen, jedenfalls wird man seine Bemerkung, „die Vorschriften Art. 144—146 Einf.-Ges. seien nur von dem aufgestellten Gesichtspunkt aus (daß das Verhältnis ein privatrechtliches sei) verständlich", nicht so deuten können, wie es Kopf S. 18 unten, 19 tut, sodaß auch dessen Widerlegung S. 19 damit hinfällig wird.

Hinterlegung nicht unentgeltlich erfolgt, § 695, da dies schon in 376 bestimmt ist[59]), § 696, weil dies bereits aus dem Kontrahierungszwange folgt, denn infolge dessen wäre die Hinterlegungsstelle, welche die Rücknahme verlangt, doch sofort wieder zum Abschluß eines neuen Verwahrungsvertrages betreffs des Hinterlegten verpflichtet[60]), § 697, weil darüber schon die Hinterlegungsordnung bezw. andere Landesgesetze Bestimmungen treffen[61]). Indessen ist es doch zu weit gegangen, wenn Endemann[62]) die Annahme eines Verwahrungsvertrages geradezu für völlig bedeutungslos erklärt, weil wegen der abschließenden Regelung des ganzen Verhältnisses durch die Hinterlegungsordnungen keine einzige der in §§ 688—700 enthaltenen Vorschriften zur Anwendung käme. So z. B. steht nichts einer Anwendbarkeit der §§ 689, 691, 692, 693, 694 usw. entgegen[62a]). Ferner würde, selbst wenn Endemann Recht hätte, dies absolut nicht gegen unsere Ansicht sprechen, denn auch bei einem gewöhnlichen Verwahrungs- oder sonstigen Vertrage können die Einzelheiten durch Parteivereinbarung derartig geregelt sein,

[59]) Vgl. über das Verhältnis dieser beiden Paragraphen zu einander unten § 7 II.

[60]) Ebenso Müller S. 487. Andere, z. B. Hagenauer S. 48 unten, erklären dies aus dem besonderen Zweck der Hinterlegung. Bei unserer Auffassung wäre die Unanwendbarkeit des § 696 keine neue Besonderheit der Hinterlegung.

[61]) Vgl. § 25 ff. H. O. und Art. 11 des Preuß. Ausführungsgesetzes zum B. G. B. in Verb. mit Art. 92 Einf.-Ges.

[62]) S. 819 Anm. 48 b.

[62a]) Vgl. darüber auch unten § 7 I.

daß keine einzige der Normen des B. G. B. darüber zur Anwendung käme, und doch kann uns dies nicht daran hindern, in der fraglichen Vereinbarung einen Verwahrungs- oder sonstigen Vertrag zu sehen, wenn die charakteristischen Merkmale dafür vorliegen.

Gerade für die Hinterlegung wäre außerdem, auch wenn wirklich §§ 688 ff. keine praktische Geltung hätten, unsere Feststellung insofern von Bedeutung, als sich daraus manche Eigenheiten der Hinterlegung erklären [63]).

Demnach dürften sich auch die Zweifel, die Oertmann [64]) gegen diese Unterstellung der Hinterlegung unter die Regeln des Verwahrungsvertrages vorbringt [64]), als unberechtigt erweisen. Weiter wird es nicht empfehlenswert sein, mit Beer [65]) einen Vertrag sui generis anzunehmen.

Beer [66]) macht für seine Ansicht geltend: „Die Hinterlegung erfolgt für den Gläubiger, d. h. mit dem Hauptzwecke, daß der hinterlegte Gegenstand durch die Vermittlung der Hinterlegungsstelle dem Berechtigten ausgeliefert werde. Da liegt der Schwerpunkt der Hinterlegung. Die Verwahrung ist nicht Selbstzweck..... Nur dadurch, daß Hellwig (444/45) das Hauptgewicht auf die Verwahrungspflicht der Hinterlegungsstelle legt und die Berechtigung des Schuldners aus dem Vertrage in den Vordergrund

[63]) Vgl. z. B. unten § 7 II.

[64]) Kommentar, Vorbem. zur Hinterlegung Z. 4.

[65]) In § 9.

[66]) S. 54 Mitte.

stellt, in der Verpflichtung zur Leistung an den Gläubiger nur eine Nebenbestimmung sieht, konnte er das Verhältnis zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle direkt zum Verwahrungsvertrag stempeln".

Hiergegen ist einzuwenden, daß der Zweck, den der Schuldner mit der Hinterlegung verfolgt, ebensowenig die Auslieferung an den Gläubiger wie die Verwahrung durch die Hinterlegungsstelle ist, sondern vielmehr die Befreiung von der Schuldverbindlichkeit bezw. von ihrer Hauptwirkung. Der Umstand aber, daß die Gegenstände in den Gewahrsam der Hinterlegungsstelle kommen, ist ebensogut eine Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung wie der, daß für den Gläubiger hinterlegt wird. Man kann also nicht einmal sagen, daß auf das letztere größeres Gewicht zu legen sei, geschweige denn, daß dies Selbstzweck der Hinterlegung sei.

Ferner ist damit, daß man etwas als Nebenbestimmung bezeichnet, doch gar nicht gesagt, daß dies, gemessen nach der Absicht des das betreffende Rechtsgeschäft Vornehmenden etwas Nebensächliches sei, und überhaupt kann es für die juristische Klassifizierung eines Rechtsgeschäfts nicht schlechthin auf den Zweck ankommen, den der Vornehmende damit verfolgt. Ist doch z. B. auch bei einem Vermächtnis unter der Bedingung, daß der Bedachte dem Erblasser ein Denkmal setze, der Zweck und zwar möglicherweise der ganz ausschließliche Zweck des Ganzen die Erfüllung der Bedingung, und doch wird niemand daran Anstoß nehmen, die Bedingung für eine Neben-

bestimmung und das Vermächtnis für das Hauptgeschäft zu erklären, und etwa in allen solchen Fällen jedesmal ein Geschäft sui generis annehmen.

Wesentlich und deshalb maßgebend für die juristische Betrachtung ist einmal die Pflicht der Hinterlegungsstelle zur Aufbewahrung und zur Herausgabe und ferner die Pflicht zur eventuellen Verabfolgung an den Gläubiger. Letzteres aber bedeutet nur eine Veränderung der Richtung der Herausgabepflicht, während das eigentliche Kriterium des Verwahrungsvertrages, der § 688, nach wie vor gegeben ist. Dies erscheint deshalb juristisch als die Hauptsache [67]), und es steht demnach nichts im Wege, der Auffassung Hellwigs zu folgen.

§ 4.

c) Sie ist ein Vertrag zugunsten eines Dritten.

Wir haben also in der Hinterlegung zunächst einen Verwahrungsvertrag zu erblicken. Darin erschöpft sich aber, wie schon am Ende des vorigen Paragraphen angedeutet, der Inhalt des Vertrages noch nicht, denn die Hinterlegung erfolgt nach § 372 „für den Gläubiger". Welche Bedeutung dies hat, war wiederum von jeher äußerst streitig und ist es auch noch für das jetzige Recht. Für das B. G. B. kommen hauptsächlich drei Gruppen von Theorieen in Betracht, innerhalb deren sich teilweise wieder verschiedene Variierungen finden.

---

[67]) Vgl. auch Hellwig S. 444.

1. Eine verbreitete Meinung [68]) sieht wegen jener Bestimmung in der Hinterlegung eine an den Gläubiger gerichtete Erfüllungsofferte des Schuldners, mit deren Annahme der Gläubiger als befriedigt gelte [69]).

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht anscheinend auch manches im positiven Recht, so vor allem § 376 Abs. 2 Nr. 2 [70]), welcher von einer „Annahme“ durch den Gläubiger spricht, und in Verbindung damit § 374, 2 Satz 1, der den Schuldner zur unverzüglichen Anzeige der Hinterlegung an den Gläubiger verpflichtet und diesem damit, wie man vom Standpunkt der vorgetragenen Ansicht natürlich argumentieren wird, die Möglichkeit der Annahme gewähren soll.

Bei näherer Prüfung wird man dem aber doch nicht beipflichten können. Von vornherein erscheint es nämlich nicht gerechtfertigt, daß man die Wirkung der Hinterlegung auf die Obligation möglichst auf einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zurückführen will. Wenn man auch mit Endemann [71]) davon ausgeht, daß sich die Erfüllung regelmäßig als ein

[68]) Kohler bei Ihering 17 S. 261 ff., Archiv 13 S. 142 ff., Crome II 1 S. 282, Endemann S. 811 Z. 3a und Anm. 17 dazu, in einer gegenüber den früheren Auflagen sehr modifizierten Form (vgl. 7. Aufl. S. 639 ff.), Bähr S. 60, Anm. zu § 269.

[69]) Vgl. besonders Kohler bei Ihering 17 S. 313, Archiv S. 209, und für den praktischen hauptsächlich interessierenden Fall, daß das hinterlegte Geld usw. in das Eigentum des Staates übergeht: Kohler Archiv S. 232 Mitte.

[70]) Vgl. Endemann S. 811 Anm. 17.

[71]) S. 811 Anm. 17.

Vertrag darstellt, so ist doch zu beachten, daß die Hinterlegung eben nicht Erfüllung, sondern ein Erfüllungssurrogat ist, daß in ihr das Gesetz dem Schuldner gerade ein Mittel geben wollte, sich seiner Verpflichtung zu entledigen ohne Mitwirkung des Gläubigers [72]). Dies bringt auch § 378 deutlich zum Ausdruck, indem er erklärt, der Schuldner werde durch die Hinterlegung in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte [73]). Die Hinterlegung hat also, wenn die Voraussetzungen der §§ 372, 376, 2 gegeben sind, dieselbe Wirkung auf das Schuldverhältnis wie die Erfüllung, aber sie ist keine Erfüllung.

Selbst in dem Falle, auf welchen jene Ansicht gerade zugeschnitten ist, nämlich daß die Hinterlegung durch Annahmeerklärung unwiderruflich wird, wäre nicht einzusehen, weshalb der Schuldner schon als mit dem Augenblick der Hinterlegung befreit gelten sollte, denn wenn sonst ein Schuldner auch ein ganzes Jahr lang fortwährend seinem Gläubiger die Leistung anbietet, befreit wird er, wenn der Gläubiger dann endlich annimmt, doch erst mit Wirkung von diesem Augenblick an, mag der Gläubiger auch ganz ungerechtfertigter Weise gezögert haben.

Aber ganz abgesehen hiervon spricht das Gesetz in Art. 145 Einf.-Ges. und §§ 373, 380 von einer Empfangsberechtigung des Gläubigers ohne Rück-

---

[72]) So auch Rosenberg S. 236.

[73]) Vgl. Hellwig S. 455.

sicht darauf, ob der Gläubiger angenommen hat oder nicht; vielmehr gewährt der erste Paragraph im ganzen Titel die Befugnis zur Hinterlegung, und schon im nächsten ist, ohne daß noch irgend ein Umstand hinzugekommen wäre, die Rede von der Empfangsberechtigung des Gläubigers. Ebenso setzt § 382: „Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag [74]) erlischt mit dem Ablauf“ usw. ein Recht des Gläubigers jedenfalls ohne vorherige Annahmeerklärung ganz ausdrücklich voraus. Daraus dürfte klar hervorgehen, daß das Gesetz die Entstehung eines Rechtes des Gläubigers schon mit dem Augenblick der Hinterlegung und lediglich durch den Vorgang zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle geradezu als selbstverständlich betrachtet [75]). Durch eine bloße Offerte aber erhält der Oblat nimmermehr ein Recht, auch dann nicht, wenn sich der Offerent gebunden hat, sondern, wie Kohler selbst nicht anders behauptet [76]), nur „die präsente Möglichkeit, ein Recht zu erwerben“.

Soll man nun annehmen, daß das Gesetz sich so wenig präzise ausgedrückt hätte? Schlechthin ausgeschlossen wäre dies ja freilich nicht, finden sich doch,

[74]) Der Ausdruck „Betrag“ in § 382 ist übrigens nach der ratio legis extensiv zu interpretieren, so die allgemeine Meinung, vgl. z. B. Hellwig, Anm. 912, Schollmeyer zu § 382 Z. 3, Mayring zu § 382 Z. 2, Beer § 11 a I, Müller Anm. 176.

[75]) Ebenso Hellwig S. 445, Planck vor 372 Z 5, Müller S. 475/76, Beer S. 64, auch Motive II S. 100 Mitte. Anders Mühsam S. 69/70, vgl. dagegen die treffende Kritik bei Beer S. 64 Anm. 2.

[76]) Archiv S. 212 Mitte.

wie es bei einem Werke von solchem Umfange vielleicht auch gar nicht anders möglich ist, auch sonst noch Ungenauigkeiten genug, aber jedenfalls wird man dies nur dann behaupten dürfen, wenn gar kein anderer Ausweg möglich ist.

Wollte man dies indessen auch, so wäre jene Ansicht doch noch nicht imstande, die Sachlage bei der Hinterlegung, soweit sie das C. setz festsetzt, in einwandsfreier Weise zu erklären. Wenn man nämlich die Hinterlegung als Erfüllungsangebot betrachtet, so muß man auch behaupten, daß durch sie der Gläubiger in Annahmeverzug kommt auch in den Fällen, wo der Schuldner dies durch Angebot in Person nicht zu bewirken vermag, insbesondere also bei objektiver wie subjektiver Ungewißheit oder Verhinderung aus einem „andern in der Person des Gläubigers liegenden Grunde". Hierfür spricht nun allerdings zunächst der Umstand, daß mit der Hinterlegung der Zinsenlauf aufhört, der Gläubiger die Kosten zu tragen hat und die Gefahr auf den Gläubiger übergeht.

Unerklärlich bleibt dann aber, weshalb die Hinterlegung nach § 379, 3 schlechterdings als nicht erfolgt gilt, sobald der Schuldner das Hinterlegte zurücknimmt, während doch der Annahmeverzug mit allen seinen Wirkungen bestehen bleibt, sobald das Angebot einmal erfolgt ist. Ferner würde man mit jener Ansicht auch praktisch zu einem sehr unangemessenen Resultat kommen in folgendem Fall: Ein Schuldner A. hinterlegt wegen Annahmeverzuges seines Gläubigers B. für diesen unter Verzicht auf die Rücknahme; gegen B. hat ein

Dritter, C., eine vollstreckbare Forderung, wegen deren er Befriedigung sucht. Wenn nun B. weiter kein Vermögen hat, so kann nach Kohler C. nicht gegen ihn vorgehen, denn die Forderung des B. gegen A. ist erloschen gemäß § 378, durch die Hinterlegung aber hat B. wohl die „unentziehbare Möglichkeit“ des Erwerbs einer Forderung gegen die Hinterlegungsstelle erlangt, pfänden lassen kann man eine solche aber nicht, und B. wird gar nicht daran denken, die „Offerte der actio depositi auf Eigentumsübertragung von tantundem“ [76a]) durch Annahme zu einem wirklichen Forderungsrecht zu vervollständigen. Ein solches Ergebnis aber spricht zweifellos gegen die Richtigkeit der zugrunde liegenden Konstruktion.

Aus allen diesen Gründen scheint mir die vorgetragene Ansicht dem Wortlaut wie dem Sinne des Gesetzes nicht zu entsprechen.

2. Eine zweite Meinung [77]) erkennt zwar mit uns an, daß der Gläubiger ohne weiteres ein Recht zur Empfangnahme, ein Recht auf das Hinterlegte erlange, behauptet aber, wenn auch zweifelnd, dies Recht richte sich gegen den Schuldner, nicht gegen die Hinterlegungsstelle, und erklärt daher die Hinterlegung für einen Fall der sogenannten Erfüllungsübernahme des § 329. Hellmann führt in dieser Beziehung [78]) aus: „Auch spricht ja das Gesetz stets von dem Recht des

[76a]) Kohler S. 232.

[77]) Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 41 S. 239.

[78]) a. a. O.

Gläubigers zum Empfang des Hinterlegten (§§ 373, 380), niemals von einem Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle, so daß es mir überhaupt fraglich ist, ob der Gläubiger gegen die Hinterlegungsstelle einen direkten Anspruch erlangt (vgl. § 329). Das in § 382 erwähnte Recht auf den hinterlegten Betrag scheint mir von dem Recht auf Empfangnahme nicht verschieden und also gegen den Hinterlegenden gerichtet zu sein".

Diese Bedenken erscheinen meines Erachtens entschieden unberechtigt. Zunächst kann der § 329 als Auslegungsregel auf die Hinterlegung keinerlei Anwendung finden, denn in dem dort vorausgesetzten Falle verpflichtet sich der Versprechende, den Gläubiger des Versprechensempfängers zu befriedigen, also seine Forderung zu tilgen, d. h. einmal, sie schlechthin zum Erlöschen zu bringen, so daß es sein, des Versprechenden, Vorteil ist, wenn die Schuld geringer ist als angenommen, sein Nachteil, wenn sie höher ist, und zweitens, sie zum Erlöschen zu bringen, gleichviel auf welche Weise [79]). Daß dies aber die Absicht der Kontrahenten bei der Hinterlegung sei, wird niemand behaupten. Vielmehr hinterlegt der Schuldner für den Gläubiger die betreffenden Gegenstände, seine Absicht geht also ganz unzweideutig darauf, daß der Gläubiger gerade diese Gegenstände, eventl. (Art. 145 Einf.-Ges.!) tantundem, jedenfalls aber nicht mehr und nicht weniger, erhalten solle. Durch die Entgegennahme aber erklärt sich die Hinterlegungsstelle

---

[79]) Vgl. Hellwig S. 190 III, 189 I.

damit einverstanden, ihre Verpflichtung geht also entsprechend auf Ausfolgung genau dieser Gegenstände ev. tantumdem, ohne jede Rücksicht auf die Höhe der damit zu tilgenden Schuld.

Überhaupt kann das Recht, welches der Gläubiger bei der Hinterlegung nach unseren Ausführungen zweifellos hat, unmöglich gegen den Schuldner gerichtet sein. Das alte Recht des Gläubigers gegen den Schuldner kann dieses Recht nicht sein, denn bei Ausschluß der Rücknahme wäre es erloschen gemäß § 378, bei Nichtausschluß aber könnte der Schuldner den Gläubiger nach § 379 auf das Hinterlegte verweisen, das kann doch nur heißen, seinerseits jede Leistung ablehnen mit der Aufforderung, sich aus dem Hinterlegten zu befriedigen. Wie soll dies aber der Gläubiger machen, wenn sich die Hinterlegungsstelle weigert, denn gegen sie hat er ja nach Hellmann keinen Anspruch. Er müßte also einfach abwarten, ob der Schuldner gutmütig genug ist, die Hinterlegungsstelle auf Grund des mit ihr geschlossenen Vertrages zur Leistung zu veranlassen. Dies dürfte aber der ratio legis schwerlich entsprechen, denn der Gläubiger soll durch die Hinterlegung nicht mehr benachteiligt werden, als dies im Interesse des Schuldners unbedingt nötig ist [80]).

[80]) Dasselbe Resultat würde sich übrigens ergeben, wenn man an dem Recht des Gläubigers zur Empfangnahme nur eine Ermächtigung dazu sehen würde, ganz abgesehen davon, daß man dann nicht mehr gut von einem „Recht zur Empfangnahme“ bezw. „auf das Hinterlegte“ sprechen könnte.

Nimmt man dagegen an, das Recht des Gläubigers sei ein neues, selbständiges Recht gegen den Schuldner, etwa darauf gehend, daß der Schuldner die Hinterlegungsstelle zur Leistung veranlasse, so wäre sowohl das Verweisungsrecht des Schuldners aus § 379, 1 als auch die Befreiung gemäß § 378 ohne die geringste Bedeutung. Der Gläubiger könnte alsdann durch Ausübung seines neuen Rechts die Leistung, wenn auch auf einem Umwege, doch von ihm verlangen, während die Gesetzesbestimmungen doch offenbar gerade auf dem Gedanken beruhen, der Schuldner, der mit der Hinterlegung das Seine getan hat, solle jetzt vor jedem Angriff des Gläubigers sicher sein.

Im Fall von § 376, 2 würde sich auch ein direkter Widerspruch mit § 378 ergeben, denn wenn der Schuldner geleistet hätte, so hätte der Gläubiger sicher kein solches Recht mehr gegen ihn.

Die Ansicht Hellmanns dürfte sich daher nicht halten lassen.

3. Fassen wir nun noch einmal kurz zusammen, was wir bereits bei Prüfung der Ansichten unter 1. und 2. festgestellt haben:

Aus dem Vertrage zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle erhält derjenige, für welchen hinterlegt ist, also eine bei dem Vertragsschluß ganz unbeteiligte Person, ein Recht auf den hinterlegten Gegenstand schon mit dem Augenblick der Hinterlegung, also eventl. auch ohne sein Wissen und Wollen. Gegen irgend jemand muß dieses Recht gehen, und zwar

kommen in dieser Beziehung in Betracht nur der Schuldner und die Hinterlegungsstelle; gegen den ersteren kann es nicht gerichtet sein, wir haben es daher anzusehen als ein selbständiges Recht gegen die Hinterlegungsstelle.

Wenn man alles dies erwägt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß man mit der dritten Ansicht[81]) in der Hinterlegung einen Vertrag auf Leistung an einen Dritten erblicken muß, und zwar nach dem Gesagten einen solchen mit sofortigem Rechtserwerb des Dritten.

Mit dieser Theorie setzen wir uns nicht in Widerspruch mit dem Gesetzestext, sie ergibt auch in dem oben S. 31/32 angeführten Falle ein völlig befriedigendes Resultat[81a]), sie erscheint auch schon insofern angemessener, als der Zug der Rechtsentwicklung zweifellos darauf geht, vom Schuldner, der sich ohne Mitwirkung des Gläubigers befreien will, das Höchste zu verlangen, was ihm ohne diese Mitwirkung möglich ist[82]), zumal die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung keinerlei Verschulden des Gläubigers voraussetzt: wenn

---

[81]) Beer § 10, Cosack I S. 364 Z. 3, Crome II S. 277, Dernburg II 1 S. 278 II Abs. 2, Enneccerus und Lehmann I S. 514, Matthiaß I S. 429 B. 3, Motive II 100 Mitte, Müller S. 418 ff., offenbar auch Planck vor § 372 Z. 5 Abs. 1 und 5 b, ferner Schollmeyer vor § 372 Z. 4 Mitte, und ganz besonders Hellwig S. 445 Mitte.

[81a]) Denn das Recht des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle kann gemäß §§ 828 ff. C. P. O. gepfändet werden.

[82]) Ähnlich Müller S. 471/72. Beer S. 62, 130.

aber dem Gläubiger ein Recht bezw. ein unentziehbares Recht auf das Hinterlegte zugewendet wird, so ist dies sicher mehr, als wenn er nur die Möglichkeit bezw. die unentziehbare Möglichkeit dazu erlangt. Dieses Recht repräsentiert für den Gläubiger einen entsprechenden Gegenwert für die getilgte bezw. in ihrer Wirkung abgeschwächte Obligation.

Ist unsere Ansicht richtig, so müssen auch sämtliche Vorschriften über das „Versprechen der Leistung an einen Dritten", wie sich das B. G. B. ausdrückt, für die Hinterlegung Geltung haben, mit der natürlichen Einschränkung, soweit sich nicht aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Hinterlegung etwas anderes ergeben sollte.

Streitig ist nun [83]) unter den Schriftstellern, welche überhaupt einen Vertrag auf Leistung an einen Dritten annehmen, allein die Anwendbarkeit des § 333: „Weist der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben". Hellwig erklärt [84]), diese Regel könne „wegen der Besonderheit der von dem Gesetz an die Deposition geknüpften Rechtsfolgen keine Anwendung finden; sie würde dazu führen, daß die Rechte, welche das Gesetz mit Rücksicht auf die dem Gläubiger gegebene Empfangsberechtigung dem Schuldner gewährt hat (§ 379 I, II), verloren gehen

[83]) Vgl. Hellwig S. 448 Mitte und Schollmeyer vor § 372 Z. 4 einerseits, Beer S. 128/29, Crome II S. 284 Anm. 21 und Dernburg § 123 III andrerseits.

[84]) a. a. O.

würden. Die Zurückweisung der Leistung durch den Gläubiger hebt deshalb einerseits die dem Schuldner in § 379, I, II gegebenen Rechte nicht auf, andrerseits aber bleibt deshalb auch die Empfangsberechtigung des Gläubigers bestehen".

Diese Ausführungen erklärt Beer[85]) für unrichtig: Nach B. G. B. werde der Schuldner befreit „bloß durch die Hinterlegung mit Ausschluß des Rücknahmerechts", er werde also auch befreit trotz der Zurückweisung des Rechtes durch den Gläubiger, wenn er nur auf die Rücknahme verzichtet habe; es stehe ihm dann ein Rücknahmerecht zu, ähnlich demjenigen aus § 382.

Meines Erachtens wird man Hellwig beipflichten müssen, und zwar nicht nur für den Fall, daß die Rücknahme noch nicht ausgeschlossen ist[85a]), sondern auch für den Fall des § 376 Abs. 2.

Der Schuldner darf keineswegs deshalb den Gläubiger auf das Hinterlegte verweisen und er wird keineswegs deshalb befreit, weil er den Akt der Hinterlegung eventl. mit Verzicht auf die Rücknahme, vorgenommen hat, sondern weil er dadurch dem Gläubiger ein Recht bezw. ein unwiderrufliches Recht zugewendet hat. Der innere Grund für die Bestimmungen der §§ 378, 379 liegt also darin, daß der Gläubiger ein Recht auf das Hinterlegte erwirbt; der Erwerb dieses Rechtes ist Voraussetzung für das Verweisungsrecht des Schuldners bezw. die Befreiung. Wenn es nun bei

[85]) a. a. O.

[85a]) Nur diesen hat Hellwig anscheinend im Auge, wie die Hinweisung auf § 379 zeigt.

Rückweisung des Rechtes durch den Gläubiger gilt, als habe er das Recht niemals erlangt, so gilt auch die Voraussetzung für die Wirkung der Hinterlegung auf das Schuldverhältnis als niemals eingetreten, und es muß entsprechend so angesehen werden, als hätte der Schuldner das Verweisungsrecht bezw. die Befreiung niemals erlangt. Es könnte also dann der Gläubiger stets die Befreiung usw. des Schuldners hindern und damit den Zweck des ganzen Instituts illusorisch machen.

Allerdings könnten die Vertreter der Gegenansicht hiergegen einwenden, wenn es bei Zurückweisung auch so gilt, als habe der Gläubiger das Recht niemals erworben, so hat er es doch einmal erworben, mithin ist die Voraussetzung für §§ 378, 379 eingetreten und kann nicht wieder hinfällig gemacht werden, indessen scheint mir dies nicht vereinbar mit dem Begriff der rückwirkenden Kraft, mit welchem § 333 operiert.

Ferner würde man praktisch in die größten Schwierigkeiten geraten für den Fall, daß der Gläubiger das Recht zurückweist, bevor die Hinterlegung unwiderruflich geworden ist: befreit ist der Schuldner hier noch nicht, er müßte vielmehr erst noch auf die Rücknahme verzichten. Nun mag man — wir müssen hier leider schon etwas vorgreifen [85b]) — zu der rechtlichen Natur des Rücknahmerechts in 376, 1 stehen wie man will: Sieht man darin lediglich ein Erklärungsrecht des Schuldners, durch dessen Ausübung das Recht des

[85b]) Vgl. dazu unten § 7 II.

Gläubigers widerrufen und ein Anspruch des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle begründet wird[86]), so muss man einen Verzicht auf die Rücknahme jetzt für widersinnig halten, da ja der Gläubiger gar kein Recht mehr hat. Betrachtet man das Rücknahmerecht aber als Forderungsrecht, als den Anspruch aus dem Verwahrungsvertrage, so kann man einem einseitigen Verzicht des Schuldners meines Erachtens jetzt nicht mehr die Wirkung beilegen, daß er zur Rücknahme nicht mehr berechtigt sei, also auch nicht, daß er befreit sei, ein vertragsmäßiger Verzicht aber zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle müßte nach allgemeinen Grundsätzen bewirken, daß der Schuldner nun überhaupt nicht mehr zurücknehmen könnte, auch nicht gemäß § 382[87]) Es wäre ja auch höchst merkwürdig, wenn der Schuldner auf die Zurücknahme verzichtete, um im nächsten Augenblick zurücknehmen zu können.

Sollte man aber noch einen Zweifel hegen, so wird dieser bei folgender Erwägung schwinden: Für die Richtigkeit ihrer Ansicht machen Crome[88]) und Dernburg[89]) geltend, es werde niemandem ein Recht aufgedrängt. In dieser Allgemeinheit ist der Satz zweifellos nicht richtig, denn sonst müßte auch bei allen Fällen von Kontrahierungszwang, z. B. B. G. B. § 915, der Gezwungene aus dem Vertrage nicht berechtigt werden, wenn er damit nicht einverstanden war und seine Zu-

[86]) Dieser Ansicht ist auch Beer S. 73.

[87]) Vgl. dazu auch unten § 8 III.

[88]) a. a. O.

[89]) a. a. O.

stimmung nur im Klagewege erlangt wurde. Auch dieser müßte seine Rechte also zurückweisen können, während doch jener Paragraph einfach sagt: „ . . . so bestimmen sich seine Rechte usw., und das Gesetz im § 397 einen einseitigen Verzicht für unwirksam erklärt. Zutreffen dürfte jener Satz aber für die schenkweise Zuwendung eines Rechtes, denn zu sanktionieren, daß in dieser Weise jemandem ein Recht wider seinen Willen definitiv zugewendet werde, dazu hat die Rechtsordnung allerdings keine Veranlassung. Eine Schenkung liegt jedoch bei der Hinterlegung nicht vor, vielmehr handelt es sich hier um einen Tausch. Ja, wenn man dem Gläubiger die Zurückweisung gestattet, so müßte der Schuldner dann berechtigt sein zur Rücknahme, entweder sofort, wie Beer von seinem Standpunkt aus wohl mit Recht meint[89a]), oder doch ganz zweifellos gemäß § 382; es würde also dem Schuldner ein Recht aufgedrängt werden können und zwar schenkweise, da er ja nach jener Ansicht doch befreit bleibt[90]).

Unsere Gegner sind also mit ihren eigenen Waffen zu schlagen.

[89a]) Denn es wäre angesichts des § 382 kaum zu verlangen, daß das Hinterlegte erst noch bis zum Ablauf von 30 Jahren bei der Hinterlegungsstelle verbliebe, wenn es der Gläubiger doch niemals ausgehändigt bekommen kann (vgl. aber auch unten S. 116).

[90]) Die Richtigkeit unserer Ausführungen ergibt sich auch schon aus der einfachen Betrachtung, daß die Forderung gegen die Hinterlegungsstelle lediglich ein Surrogat der alten Forderung ist: Kann der Gläubiger auf diese nicht einseitig — denn der Rücknahmeverzicht ist ein einseitiges Rechtsgeschäft (vgl. unten § 8 III) — verzichten, so wird er es auch bei ihrem Surrogat nicht vermögen.

Im Gegensatz zu uns erklärt Oertmann[91]) einen „eigentlichen Vertrag zugunsten eines Dritten im engeren Sinne“ für ausgeschlossen, weil der Gläubiger das Recht nur gegen eine entsprechende Aufopferung erwerben solle. Dies hängt noch zusammen mit der für das Gemeine Recht herrschend gewesenen Auffassung[92]), daß als Vertrag zugunsten eines Dritten nur derjenige zu betrachten sei, bei welchem der Stipulant ausschließlich oder doch vorwiegend im Interesse des Dritten handelt, der Dritte also lediglich oder doch in der Hauptsache einen Vorteil erlangt. Gegenwärtig bezeichnet man als Vertrag zugunsten eines Dritten oder eigentlichen Vertrag zugunsten eines Dritten im Gegensatz oder vielmehr als Unterbegriff des Vertrages auf Leistung an einen Dritten vielfach denjenigen, bei welchem der Dritte ein unmittelbares Klagerecht erwirbt[92a]). Will man nun mit Oertmann noch einen Unterschied machen zwischen eigentlichen Verträgen zugunsten Dritter im weiteren und im engeren Sinn, je nachdem, ob der Dritte seinerseits ein Recht aufgeben soll oder nicht, so steht dem natürlich nichts im Wege, einen großen Nutzen dürfte dies aber kaum bringen, und jedenfalls kann es der grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 328 ff. auf die Hinterlegung keinen Abbruch tun, denn sie

[91]) Vgl. Kommentar vor § 372 Z. 5.

[92]) Vgl. z. B. Czyhlarz S. 683 Anm. 55, Oertmann, Archiv S. 248 Mitte, Unger S. 49 oben, Regelsberger S. 22 § 9.

[92a]) Vgl. z. B. Oertmann selbst, Kommentar, Vorbem. zur Hinterlegung S. 75 Z. 1 Abs. 2, Cosack I § 97 II Anf. usw.

gelten nach § 328, 1 für alle Verträge, aus denen der Dritte „unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern“ [93]).

Ähnlich wie Oertmann will Stammler [94]) „die rechtliche Konstruktion der Hinterlegung nur derjenigen des Versprechens auf Leistung an einen Dritten zur Seite stellen“ aus zwei Gründen. Davon ist der eine, daß „die Aufhebung des dem Dritten zustehenden Rechts hier nicht durch Vertrag der beiden anderen Kontrahenten, sondern durch einseitige Erklärung des Schuldners geschehen kann“. Die Stelle des § 328, auf welche sich Stammler hier bezieht, heißt: „In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen ..... zu entnehmen, ob .... den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung zu ändern“. Daraus folgt aber noch nicht, daß es schlechthin eines Vertrages zwischen den Kontrahenten bedürfte zur Aufhebung des Rechtes des Dritten, vielmehr ist bei der dispositiven Natur der betreffenden Rechtssätze anzunehmen, daß diese Fassung nur der Breviloquenz halber gewählt ist, ohne daß man jene Möglichkeit damit ausschließen wollte. Auch dürfte aus § 332 ganz deutlich hervorgehen, daß der Stipulant sich die Befugnis dazu vorbehalten kann [94a]), und bei

---

[93]) Vgl. Hirsch S. 285/86, Hellwig Anm. 897, Müller S. 473 unten.

[94]) S. 239.

[94a]) Denn die Befugnis, einen andern an die Stelle des Dritten zu setzen, ist noch mehr als diejenige, das Recht des Dritten aufzuheben.

der Hinterlegung tut er dies eben dadurch, daß er auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen, also auch des § 376, 1, kontrahiert [95]).

Den zweiten Unterschied findet Stammler darin [96]), daß bei der Hinterlegung das Recht des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle immer eintrete, sich mithin nicht auf eine einseitige Willenserklärung der Hinterlegungsstelle gründe, wie bei dem Versprechen auf Leistung an einen Dritten der Fall sei, sondern unmittelbar auf gesetzliche Vorschrift, und deshalb durch Übereinkommen des Schuldners mit der Hinterlegungsstelle nicht weiter bedingt oder beschränkt werden könne, außer durch Abhängigmachen von einer Gegenleistung.

Zum Verständnis müssen wir hier vorausschicken, daß Stammler [97]) die Berechtigung des Dritten aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag auf ein einseitiges Schuldversprechen des Promittenten gründet, welches zu dem Vertrage noch hinzutreten muß und seinerseits erst das Recht des Dritten erzeugt.

Diese Konstruktion ist jedoch nicht nur unnötig [98]), sondern sie widerspricht auch geradezu dem Gesetz [99]), vgl. z. B. § 328: „Durch Vertrag kann ..... bedungen werden", § 334: „Einwendungen aus dem Vertrage

[95]) Vgl. auch Hellwig S. 444/45, Schollmeyer vor § 372 Z. 4 Mitte.

[96]) a. a. O.

[97]) S. 171 ff.

[98]) Vgl. Enneccerus und Lehmann I S. 452 oben, Oertmann zu § 328 Z. 2, Schollmeyer zu § 328 Z. 2 im Anf.

[99]) Vgl. Hellwig S. 256 oben.

stehen dem Versprechensempfänger auch gegenüber dem Dritten zu", besonders aber auch § 333: „Weist der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht ..... zurück".

Demgegenüber dürfte aus der Überschrift des betreffenden Titels im B. G. B. kein Gegenargument zu entnehmen sein, im Gegenteil, da das Gesetzbuch auch sonst unter „Versprechen" nur das vertragsmäßig angenommene, also den Vertrag selbst, versteht [100]), so ist dieses Versprechen nicht als Versprechen gegenüber dem Dritten aufzufassen, sondern als solches gegenüber dem Stipulanten.

Ebenso aber, wie bei allen Verträgen auf Leistung an Dritte, erwirbt der Dritte auch bei der Hinterlegung das Recht lediglich aus dem Vertrage der Parteien.

Wenn man nun die Hinterlegung einmal als Vertrag ansieht, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht die Parteien dabei sollten bestimmen können, was sie wollen, und weshalb bei anderweitiger Regelung der Gläubiger doch genau die im Gesetz normierten Rechte erwerben sollte. Allerdings wird sich in der Praxis bei jeder Hinterlegung die Stellung des Gläubigers nach den §§ 372 ff. bestimmen, aber nur, weil der Schuldner eine vom Gesetz abweichende Regelung der Rechte des Gläubigers gar nicht wünschen wird [101]), und weil sich die Hinterlegungsstelle auf einen solchen

---

[100]) Vgl. Hellwig S. 257 und die Nachweisungen dort.

[101]) Denn der Gläubiger brauchte dann die Hinterlegung nicht gegen sich gelten zu lassen, vgl. Hellwig, S. 446.

Vertrag nicht einlassen wird [101a]). Sollte es aber einmal einem Schuldner einfallen, die Entstehung des gläubigerischen Rechts von andern Voraussetzungen abhängig zu machen, und sollte sich die Hinterlegungsstelle darauf einlassen, so würde sich danach das Recht des Gläubigers bestimmen, und die Hinterlegungsstelle würde, wie Hellwig zutreffend ausführt [102]), dem Schuldner aus dem Vertrage haften, wenn sie sich um die Vereinbarung nicht kümmerte.

Damit können wir als das Ergebnis unserer Untersuchung feststellen: Die rechtmäßige Hinterlegung ist ein privatrechtliches Verhältnis und zwar ein Verwahrungsvertrag mit der Abrede, daß die Leistung an einen Dritten erfolgen solle, so daß auf sie anwendbar sind alle Vorschriften über Verwahrung und Verträge zugunsten Dritter, soweit sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über die Hinterlegung und aus der Verpflichtung der Hinterlegungsstelle zum Kontrahieren das Gegenteil ergibt.

Diese Ansicht hatte sich schon im neueren Gemeinen Recht immer mehr Anhänger gewonnen, und es fanden sich hauptsächlich deshalb auch noch zahlreiche Gegner, weil über Begriff und Wesen der Verträge zugunsten Dritter wie über alle Materien, in deren Entwicklung das römische Recht zu keinem Abschluß gelangt war, lebhafter Streit herrschte und man im Gegensatz zu der vom B. G. B. adoptierten Ansicht, wie schon oben bemerkt, meist eine etwas andere Auffassung davon

[101a]) Der Kontrahierungszwang würde hier wegfallen!

[102]) S. 446.

hatte. Stellte man sich allerdings einmal auf jenen abweichenden Standpunkt, so mußte man die rechtliche Stellung des Gläubigers und damit die Befreiung des Schuldners notwendig anders erklären, denn bei dem Aufhören des Zinsenlaufes, dem Übergang der Gefahr, dem Erlöschen von Bürgschaft und Pfand kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Hinterlegung dem Gläubiger regelmässig nachteilig ist. So fanden sich denn die verschiedensten Theorien über diese Frage, von denen sich aber keine große Anerkennung verschaffen konnte. Irgend welche neuen fruchtbringenden Gesichtspunkte waren von einer Besprechung derselben für das jetzige Recht jedenfalls nicht zu erwarten, es ist daher im Vorstehenden nicht näher darauf eingegangen.

§ 5.

2. Was folgt daraus für die rechtliche Natur der nicht rechtmässigen Hinterlegung?

Auch bei der nicht rechtmäßigen Hinterlegung hinterlegt derjenige, welcher der öffentlichen Stelle die Gegenstände übergibt, d. h. wie oben festgestellt, er schließt einen — privatrechtlichen — Verwahrungsvertrag, und auch hier hinterlegt er für einen Dritten, d. h. er läßt sich die Leistung an diesen versprechen. In ihren Grundzügen muß demnach die rechtliche Natur der unrechtmäßigen Hinterlegung mit derjenigen der rechtmäßigen übereinstimmen.

Der Unterschied von dieser besteht, wie schon in der Einleitung bemerkt, einmal darin, daß der unrecht-

mäßigen Hinterlegung eine, mehrere oder womöglich auch alle Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit fehlen, und ferner darin, daß ihr die Wirkungen auf das Schuldverhältnis abgehen.

Ob die Hinterlegung eine Einwirkung auf die Obligation hervorbringt oder nicht, ist lediglich von Bedeutung für ein Verhältnis zwischen Hinterleger und Drittem, welches schon vor der Hinterlegung bestanden hat, also für Beziehungen, die außerhalb der durch die Hinterlegung selbst geschaffenen Rechtsbeziehungen [102a]) liegen und mit diesen nur mittelbar in Zusammenhang stehen. Ob aber die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit gegeben sind, also insbesondere Annahmeverzug, objektive oder subjektive Ungewißheit, obligationsgemäße Beschaffenheit der Leistung, Hinterlegung für den wirklichen Gläubiger usw. usw., dies wieder bildet nur eine Vorfrage für jene Frage (ob die Wirkungen eintreten).

Entsprechend kann das Erstere eine Änderung in der rechtlichen Natur der unrechtmäßigen Hinterlegung nur mittelbar und in ganz geringem Umfang herbeiführen, während Letzteres in dieser Hinsicht ohne jede selbständige Bedeutung ist.

Die Unterschiede, welche sich in der Tat finden, bestehen, soweit sie die rechtliche Natur der unrechtmäßigen Hinterlegung betreffen, durchweg in der Richtung, daß dasjenige, was bei der rechtmäßigen Hinterlegung als Besonderheit hinsichtlich der Natur

[102a]) Nämlich der Beziehungen zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle einerseits, dieser und dem Dritten andrerseits.

als Verwahrungsvertrag und als Abweichung von dem Wesen der Verträge zugunsten Dritter zu konstatieren ist, hier grundsätzlich wegfällt. Wenn wir nämlich oben erwähnt haben, daß die Hinterlegungsstelle zum Kontrahieren verpflichtet ist, so kann davon prinzipiell keine Rede sein bei der unrechtmäßigen Hinterlegung. Dies erfährt nun allerdings eine Einschränkung dadurch, daß der Hinterlegungsstelle eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung nicht zusteht. Man muß aber jenen Grundsatz aufrecht erhalten für alle Fälle, in denen die Erreichung des vom Gesetz bei Auferlegung der Kontrahierungspflicht beabsichtigten Zweckes, eine Einwirkung auf die Obligation, von vornherein offensichtlich unmöglich ist, insbesondere auch, wenn die Abrede der Leistung an einen bestimmten Dritten bezw. einen solchen, dessen Person sich aus ganz bestimmten Umständen ergeben muß, dem Verwahrungsvertrage nach dem Willen des Hinterlegers nicht beigefügt werden soll [103]).

Wenn wir weiter als Konsequenz der Kontrahierungspflicht für die rechtmäßige Hinterlegung die Nichtanwendbarkeit des § 696 festgestellt haben, so liegt, soweit nicht die eben näher begrenzte Einschränkung Platz greift, kein Grund vor, für die nicht rechtmäßige Hinterlegung dasselbe zu behaupten [104]). Wenn wir endlich oben gefunden haben, daß von den

---

[103]) Für das preußische Recht ergibt sich das Cessieren der Kontrahierungspflicht für diese Fälle schon aus §§ 14, 18 H. O.

[104]) Die Hinterlegungsstelle kann also insbesondere Rücknahme verlangen, wenn das Recht des Dritten später wegfällt.

Paragraphen des B. G. B. über Versprechen der Leistung an einen Dritten der § 333 keine Anwendung finden könne, weil bei Zurückweisung durch den Dritten folgerecht dem Hinterlegenden die Wirkungen auf das Schuldverhältnis verloren gehen müßten, so kann hier, wo etwas derartiges überhaupt nicht in Frage kommt, keine Rede mehr davon sein.

Die nicht rechtmäßige Hinterlegung erweist sich demnach als ein gewöhnlicher Verwahrungsvertrag, prinzipiell auch ohne Kontrahierungsverpflichtung der Hinterlegungsstelle, und zugleich als ein reiner Vertrag zugunsten eines Dritten.

II. Welche rechtlichen Beziehungen schafft danach die nicht rechtmässige Hinterlegung zwischen den Beteiligten?

§ 6.

1. Im allgemeinen.

Auch die unrechtmäßige Hinterlegung ist eine Hinterlegung, auch sie ist ein Verwahrungsvertrag und ein Vertrag zugunsten eines Dritten. Daraus folgt, daß alle Paragraphen im Titel Hinterlegung, insbesondere soweit sie sich herleiten aus der Eigenschaft der Hinterlegung als Verwahrungsvertrag und Vertrag zugunsten eines Dritten[105]), unmittelbar auch Geltung haben müssen für die unrechtmäßige Hinterlegung[106]). Andererseits ist die unrechtmäßige Hinterlegung eben keine recht-

[105]) Richtiger müssen wir sagen, soweit wir daraus hergeleitet haben, daß die Hinterlegung Verwahrungsvertrag und Vertrag zugunsten eines Dritten ist, denn eine bewußte Konstruktion in dieser Beziehung ist dem Gesetz offenbar fremd, vgl. auch Beer S. 43 und Motive II S. 100.

[106]) Zustimmend Cosack I § 110 Z. 2: „Ihre eigenen Verpflichtungen (nämlich die der Hinterlegungsstelle) sind denn auch die gleichen, mag die Hinterlegung gerechtfertigt sein oder nicht." Anders Beer, vgl. oben Anm. 6 und unten Anm. 135 und anscheinend auch Oertmann, vgl. unten Anm. 172. Wir bringen daher im Folgenden die Ansichten, welche man ausdrücklich zunächst nur für die rechtmäßige Hinterlegung aufgestellt hat, auch für die unrechtmäßige.

mässige, also keine mit Wirkungen auf ein Schuldverhältnis zwischen Hinterleger und Drittem ausgestattete, es sind daher auf sie nicht anwendbar alle §§ 372 ff., in denen es sich handelt um eine Wirkung auf das Schuldverhältnis, oder welche doch mit einer solchen zusammenhängen. Unter diesem Gesichtspunkt scheiden ohne weiteres aus §§ 378, 379[107]) usw., aber auch 377[108]). Zwar ist in diesem letzteren keine Rede von einer Wirkung auf die Obligation, die Bestimmung des § 377, 1 steht aber in Zusammenhang damit, denn gerade weil die Hinterlegung auf das Schuldverhältnis einwirkt[109]), wurde § 377, 1 in das Gesetz eingefügt, damit jene Wirkungen nicht durch einen anderen Gläubiger des Schuldners sollten aufgehoben werden können. Ist aber das Recht zur Rücknahme demnach gemäß § 828 ff. Z. P. O. bei der unrechtmäßigen Hinterlegung der Pfändung unterworfen, so gehört es auch nach § 1 K.O. zur Konkursmasse und auch § 377, 2 wird damit bedeutungslos für die unrechtmäßige Hinterlegung[110]) [111]).

---

[107]) Wenigstens in ihrer direkten Anwendbarkeit. Verwertbar sind in gewisser Weise auch diese Paragraphen, insbesondere § 378 und § 379, 3, vgl. unten § 9 II 2 am Ende.

[108]) Ähnlich § 380 u. a.

[109]) Nach dem Gesetz nur gemäß § 379; nach Entwurf I, aus welchem die Bestimmung stammt, befreite schon die widerrufliche Hinterlegung (E. I § 272).

[110]) Über die Unanwendbarkeit des § 377 besteht im allgemeinen Einverständnis in der Litteratur, vgl. z. B. Crome II 1 S. 284 Anm. 20, Dernburg II 1 § 123, IV 2 Abs. 3, Hellwig, S. 460, Schollmeyer zu § 377 Z. 2a. Ebenso auch Beer S. 95 oben, aber nur, weil er fälschlich (vgl. unten § 8 1) annimmt, daß

2. Im einzelnen.

§ 7.

a. Als Verwahrungsantrag.

I. Durch den mit dem Hinterleger geschlossenen Verwahrungsantrag wird die Hinterlegungsstelle verpflichtet zur Aufbewahrung der Gegenstände und zur — grundsätzlich — jederzeitigen Rückgabe auf Verlangen. Im übrigen richten sich, da die Normen des B. G. B. über den Verwahrungsvertrag wie die meisten Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse, dispositiver Natur sind, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage nach der Parteiverabredung. Diese wird hier getroffen durch Kontrahieren auf der Grundlage der Vorschriften des B. G. B. über die Hinterlegung und der durch die Landesgesetzgebung aufgestellten Hinter-

---

der Dritte bei der unrechtmäßigen Hinterlegung überhaupt kein Recht erlangt, infolge dessen durch Pfändung also auch ein Recht des Dritten nicht widerrufen werden könne. Zweifelnd Müller S. 500/1, welcher von seiner Auffassung des Rücknahmerechts (vgl. unten § 7 II) aus dasselbe konsequent auch bei unrechtmäßiger Hinterlegung für unpfändbar erklären müsste, sich aber hierzu nicht gut entschließen kann.

[111]) Das Rücknahmerecht des § 376 ist also pfändbar, sobald die Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung nachgewiesen wird. Möglich ist die Pfändung auch in den Fällen, wo die Hinterlegung durch Annahme des Gläubigers gemäß § 376, 2^2 rechtmäßig werden kann, z. B. bei nicht obligationsgemäßer Leistung oder Fehlen des Annahmeverzuges, denn eine solche Hinterlegung übt, so lange sie noch widerruflich ist, noch keine Wirkung auf das Schuldverhältnis aus. Der pfändende Gläubiger riskiert aber hierbei, daß der Dritte vor Aushändigung der Sachen noch annimmt.

legungsordnungen, in Preußen der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 in der Fassung welche ihr Artikel 84, 85 des preußischen Ausführungsgesetzes zum B. G. B. gegeben haben [112]). Wichtig ist hier besonders § 7 H. O. in Verbindung mit Art. 145 Einf.-Ges., wonach das Eigentum an hinterlegten Geldern auf den Fiskus übergeht und dieser nicht zur Zurückgewährung von idem, sondern von tantundem verpflichtet ist.

Vereinbarungen, welche abweichende Bestimmungen enthielten, wären zwar gültig, jedoch dürften sie praktisch ausgeschlossen sein [113]). Ergänzende Bestimmungen aber werden von den Parteien schon deshalb kaum getroffen werden, weil der Hinterleger selten wissen wird, inwieweit seine Rechte und Pflichten schon durch das Gesetz festgesetzt sind und ihm, soweit er die Hinterlegung für rechtmäßig hält, nur daran liegen wird, auf das Schuldverhältnis einzuwirken gemäß §§ 378, 379 usw. Bei unredlicher Absicht aber würden die gesetzlichen Vorschriften seinen Zwecken schon vollständig genügen; vgl. besonders § 377.

Wegen dieses regelmäßig zu vermutenden Mangels an ergänzenden Parteivereinbarungen werden auf die Hinterlegung als Verwahrungsvertrag wohl stets noch §§ 688 ff. zur Anwendung kommen, soweit sie nicht durch §§ 372 ff. und die Hinterlegungsordnung schon überflüssig gemacht sind [114]). Speziell für das preußische

[112]) Auf den Inhalt der preußischen Hinterlegungsordnung hier genau einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

[113]) Vgl. oben S. 45.

[114]) Vgl. auch oben § 3.

Recht hätten Geltung zu beanspruchen § 689: „Eine Vergütung für die Aufbewahrung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütuug zu erwarten ist", § 691: „Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen" usw., 692: „Der Verwahrer ist berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Änderung billigen würde. Der Verwahrer hat vor der Änderung dem Hinterleger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist", § 693: Macht der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Hinterleger zum Ersatze verpfichtet", § 694: „Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß oder daß er sie dem Verwahrer anzeigt oder daß dieser sie ohne Anzeige gekannt hat", § 699: „Der Hinterleger hat die vereinbarte Vergütung bei der Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten usw.", und im Gegensatz zur rechtmäßigen Hinterlegung ganz besonders § 696, wonach der Verwahrer grundsätzlich[115]) jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sachen verlangen kann.

[115]) Vgl. oben § 5.

Groß wird die praktische Bedeutung der Anwendbarkeit dieser Paragraphen, mit Ausnahme vielleicht des § 696, für die Hinterlegung kaum sein. Sie würde es werden, wenn Preußen von der in Art. 146 Einf.-Ges. gewährten Befugnis (daß die Hinterlegungsstellen auch andere Sachen als Geld usw. anzunehmen haben) Gebrauch machte und nicht, was allerdings dann wahrscheinlich wäre, das Verhältnis so regelte, daß diese Paragraphen dafür wieder überflüssig würden.

Außerdem aber sind von den Vorschriften über Verwahrung noch anwendbar §§ 276, 278. Diese stehen zwar nicht in §§ 688 ff., in Wirklichkeit aber sind sie, wie sämtliche Paragraphen des Allgemeinen Teils, der doch nur der Kürze und Übersicht halber herausgebildet ist, als an den einschlägigen Stellen des besondern Teils, also auch in §§ 688 ff., stets wiederkehrende Vorschriften zu denken.

Nach ihnen haftet der durch die Hinterlegungsstelle repräsentierte Staat [116]) bei der Erfüllung der Pflichten aus dem Vertrage für jedes Verschulden der Hinterlegungsstelle [117]).

II. Näher einzugehen bleibt hier nur noch auf das Rücknahmerecht des Hinterlegers. Daß er dieses Recht hat, ist auch für die unrechtmäßige Hinterlegung unbestritten. Man kann es gründen auf § 695, da doch die Hinterlegung Verwahrungsvertrag ist, man kann

[116]) § 8 H. O. bestimmt nur, daß der Staat hafte.

[117]) Vgl. Beer § 14, besonders S. 105.

sich aber auch direkt auf § 376, 1 beziehen [118]), denn dieser Paragraph hat mit den Wirkungen auf das Schuldverhältnis nichts zu tun. Damit sehen wir uns nun, ganz wie bei der rechtmäßigen Hinterlegung, vor die Frage gestellt, wie sich § 376, 1 zu § 695 verhält.

Die eine Meinung [119]) sieht in dem Rücknahmerecht des § 376 ein einseitiges Erklärungsrecht, durch dessen Ausübung der Schuldner das Recht des Gläubigers aufhebe, so daß nun, da lediglich das entgegenstehende Recht des Gläubigers dies gehindert hat, dem Schuldner der Herausgabeanspruch zusteht [120]), während nach anderen [121]) das Rücknahmerecht aus § 376 weiter nichts ist als der dem Schuldner aus dem Verwahrungsvertrage gegebene Anspruch, die actio depositi.

Die zweite Ansicht ist jedenfalls die natürlichere, denn wenn man einmal einen Verwahrungsvertrag (so Müller) oder einen ähnlichen Vertrag (Beer) annimmt, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht der Hinterleger auch sofort die actio depositi haben sollte, sondern erst das Recht des Dritten widerrufen müßte. Begrifflich steht das letztere der Annahme, daß der Hinterleger sofort die actio depositi habe, nicht entgegen, es läge hier vielmehr ein Gesamtgläubigerschafts-

---

[118]) Vgl. oben § 6.

[119]) Kohler, Archiv S. 223 Anm. 72, Müller S. 487/88, und besonders Beer in einer sehr eingehenden Begründung S. 65—73.

[120]) Vgl. besonders Beer S. 73.

[121]) Planck zu § 372 Z. 5b, zu 376 Z. 4, Stammler S, 236/37, Hellwig S. 444 II 1, vgl. aber auch S. 447 und unten § 8 II; ebenso wie Hellwig, Schollmeyer zu § 376 Z. 1.

verhältnis vor, wobei allerdings abweichend von § 428 der Schuldner, also die Hinterlegungsstelle, nicht nach Belieben an den einen oder den anderen leisten dürfte.

Die Gründe, welche man gegen diese Auffassung geltend macht, sind denn auch keineswegs überzeugend. So behauptet Beer [122]), dagegen spreche von vornherein schon der Wortlaut des Gesetzes, denn wenn dieses das Rücknahmerecht des Schuldners als Anspruch auffasse, würde es, entsprechend seiner sonstigen Terminologie, gesagt haben: „Der Schuldner hat das Recht, die Rückgabe (Rückerstattung) zu fordern". Dies leuchtet mir durchaus nicht ein. Ein wesentlicher Unterschied dieser Fassung von der des § 376, 1 scheint mir keineswegs vorzuliegen, denn wenn der Schuldner das Recht hat, die hinterlegten Sachen zurückzunehmen, so hat er damit das Recht, von der Hinterlegungsstelle zu verlangen, daß sie ihm ausgehändigt werden, hat also gemäß § 194 einen Anspruch. Gerade umgekehrt spricht meines Erachtens der Wortlaut des Gesetzes deutlich für unsere Ansicht. Das Gesetz sagt: „Der Schuldner kann die hinterlegte Sache zurücknehmen", nicht: „er kann durch irgend welche Erklärung das Recht des Gläubigers widerrufen und dann die Ausfolgung der Sache verlangen". Entsprechend ist in §§ 376, 2, 377 usw. nur die Rede von der „Rücknahme", also gemäß § 376, 1 der Rücknahme der Sache. Ferner lautet § 379, 2: „Solange die

[122]) S. 67 Mitte.

Sache hinterlegt ist“ [123]), nicht: „Solange der Schuldner nicht der Hinterlegungsstelle den Widerruf des gläubigerischen Rechts erklärt hat“, und § 379, 3 endlich besagt: „Nimmt der Schuldner die hinterlegte Sache zurück“ usw. Die Gegenansicht muß daher auch diese Paragraphen anders interpretieren [124]).

Gegen unsere Ansicht kann man auch nicht mit Müller [124a]) geltend machen, wenn § 376, 1 als actio depositi aufzufassen wäre, wäre die Bestimmung ja höchst überflüssig, da dem Schuldner dieses Recht aus der Hinterlegung als Verwahrungsvertrag selbstverständlich zustehe. Das Gesetz kennt eine bewußte Konstruktion der Hinterlegung als Verwahrungsvertrag

---

[123]) Dies heißt nicht etwa: so lange sie sich bei der Hinterlegungsstelle befindet mit der Bestimmung, daß sie dem Dritten ausgehändigt werden solle, sondern nur (vgl. oben § 3 am Anfang): „solange sie sich bei der Hinterlegungsstelle zur Aufbewahrung befindet“.

[124]) Vgl. Beer S. 71, auch Hellwig S. 447 unten. Beer behauptet hier ebenfalls, der Wortlaut von 379, 3 spreche für ihn, denn wenn das Gesetz unserer Ansicht wäre, würde es gesagt haben: „Wird dem Schuldner die hinterlegte Sache zurückgegeben, so . . . . usw.“ Aber das Gesetz betrachtet eben das Verhältnis vom Hinterleger aus, und es tut recht daran, denn dieser ist, wie bei der Hinterlegung wegen des Kontrahierungszwanges — das Gesetz hat in 372 ff. in erster Linie die rechtmäßige Hinterlegung im Auge — der Hinterlegungsstelle überhaupt, so ganz besonders bezüglich der Rücknahme die Hauptperson, da er nach Belieben zurücknehmen, die Hinterlegungsstelle aber nicht die Rücknahme verlangen kann.

[124a]) S. 487/88.

zweifellos nicht [125]), und gerade aus der Hinterlegung gleich Aufbewahrung und dem Rücknahmerecht des Schuldners wird diese Konstruktion erst gefolgert. Aus der sprachlichen Bedeutung von Hinterlegung allein könnte man dies ja auch, indem man sagt: „Hinterlegen heißt aufbewahren, aufbewahren aber enthält begrifflich die Verpflichtung zur jederzeitigen Rückgabe auf Verlangen". Es wäre dies jedoch schon weniger sicher, denn die Gegner der Verwahrungsvertragstheorie würden dann höchst wahrscheinlich sagen: „Wenn das Gesetz an ein depositum dächte, würde es dem Hinterleger auch das Recht der jederzeitigen Rücknahme geben". Ferner hätte, weil doch dem Gläubiger aus der Hinterlegung ein Recht auf das Hinterlegte erwächst, es doch immerhin zweifelhaft sein können, ob dadurch nicht die dem Schuldner an sich zustehende Rücknahmebefugnis ausgeschlossen würde [125a]); diese sollte ihm aber auf jeden Fall grundsätzlich erhalten bleiben [126]). Endlich war eine solche Feststellung des Rechtes des Schuldners wohl auch schon aus technischen Gründen geboten, damit nämlich die Ausnahmen davon in Abs. 2 am bequemsten angeschlossen werden konnten.

---

[125]) Vgl. Motive II S. 100 unten.

[125a]) Selbst jetzt, wo dem Schuldner ausdrücklich ein Rücknahmerecht gegeben ist, behaupten ja manche, wie z. B. Beer, daß der Schuldner nicht von vornherein die actio depositi habe, sondern daß diese erst begründet werde durch Ausübung des in § 376, 1 gewährten Rechts.

[126]) Vgl. Motive II S. 98.

Weiter macht Beer[127]) gegen unsere Ansicht geltend, wenn das Gesetz in § 376, 1 dem Schuldner einen Anspruch, ein Forderungsrecht gäbe, so würde zum Verzicht darauf nicht eine einseitige Erklärung des Schuldners (§ 376, 2, 1) genügen, sondern gemäß § 397 bedürfte die Verzichtserklärung der Annahme. Aber weshalb sollte nicht § 397 auch Ausnahmen zulassen? Gerade hier war eine solche am Platze, da der Hinterlegungsstelle, entsprechend ihrer sonstigen Kontrahierungspflicht, hier ebenfalls eine Pflicht zur Annahme des Verzichtes hätte auferlegt werden müssen, wenn die vom Gesetz vorgesehenen Zwecke erreicht werden sollten. Es erschien daher offenbar vom gesetzgeberisch-politischen Standpunkt aus am einfachsten, schon den einseitigen Verzicht des Schuldners genügen zu lassen.

Auch der letzte Einwand Beers[128]), das Recht zur Rücknahme könne deshalb kein Anspruch sein, weil Ansprüche der Verjährung unterliegen (§ 194), in § 382 aber in Verbindung mit Art. 145 Einf.-Ges. das Gesetz von der Unverjährbarkeit des Rechtes ausgehe, dürfte nicht stichhaltig sein. Einmal erscheint es schon etwas weitgehend, aus dem Satze: „Ansprüche unterliegen der Verjährung", umgekehrt zu folgern: „Alles, was der Verjährung nicht unterliegt, ist kein Anspruch". Ferner weicht mit der in § 382, Art. 145, §§ 58 ff. H. O. gesetzten Frist das Gesetz, wie Beer selbst nicht

[127]) S. 67 unten, ähnlich Endemann I S. 819 Anm. 48b am Ende.

[128]) S. 68 oben.

anders sagt, eben nur von der ordentlichen Verjährungszeit ab und setzt an deren Stelle gewissermaßen eine außerordentliche in Gestalt einer Präklusivfrist [129]) von 31 Jahren. Endlich beweist die Richtigkeit unserer Ansicht ganz schlagend Art. 145 Einf.-Ges., wenn er von der Verpflichtung der Hinterlegungsstelle zur Rückerstattung und dem damit doch wohl identischen Anspruch auf Rückerstattung spricht, wobei er ebenso gut an den Fall denkt, daß das Recht des Dritten noch besteht, als daß es bereits erloschen ist.

Wenn Müller [130]) schließlich unter Berufung auf Jaeger, Anm. 30α zu § 1 K. O., und Kohler, Archiv S. 230, behauptet, § 382 lasse sich widerspruchlos nur erklären, wenn man die beidemal als Recht zur Rücknahme bezeichneten Befugnisse einmal als actio depositi aus § 695 auffasse, das andere Mal als das davon verschiedene Widerrufsrecht [131]) des § 376, von denen letzteres durch den Verzicht verloren gehe, während die actio depositi bestehen bleibe, so irrt er sich [132]). Im Gegenteil, § 382 spricht gegen jene Auffassung, denn sie setzt voraus, daß der Gesetzgeber bei Regelung der Hinterlegung sich bewußt gewesen ist, daß sie Verwahrungsvertrag sein solle und also ohne weiteres die actio depositi gegeben sei, was doch nach den

[129]) Darüber, daß die Frist eine Präklusivfrist ist, vgl. Beer S. 79, Hellwig S. 452, Müller S. 483, Oertmann zu § 382 Z. 2 Planck zu § 382 Z. 1, anders Mühsam S. 70/71.

[130]) S. 491 unten.

[131]) Vgl. darüber unten § 8 II.

[132]) Vgl. unten § 8 III.

Motiven zweifellos nicht der Fall ist [133]). Überhaupt kennt das Gesetz nur ein Recht zur Rücknahme, nämlich das des § 376; von diesem nur ist in §§ 372 ff. die Rede. Wie sollte da in § 382 mit einem Male ohne jede Erklärung noch ein anderes auftauchen?

Wir halten also daran fest: Das Recht des Schuldners, oder allgemeiner, des Hinterlegers [134]), zur Rücknahme in § 376, 1 ist, bei der rechtmäßigen wie bei der unrechtmäßigen Hinterlegung, weiter nichts als der Anspruch aus dem Verwahrungsvertrage, es ist daher unmittelbar gerichtet gegen die Hinterlegungsstelle.

b) Als Vertrag zugunsten eines Dritten?

§ 8.

α) In obligatorischer Beziehung.

I. Auch bei der nicht rechtmäßigen Hinterlegung erlangt derjenige, für welchen hinterlegt ist, unmittelbar durch die Hinterlegung und lediglich durch diese ein selbständiges Recht auf das Hinterlegte [135]). Dies folgt sowohl daraus, daß die Sätze in §§ 372 ff., also auch ihre Konsequenzen, grundsätzlich auch auf die unrechtmäßige Hinterlegung anwendbar sein müssen [136]), als

---

[133]) Vgl. oben Anm. 126.

[134]) Wenn das Gesetz in § 376, 1 sagt, der Schuldner kann zurücknehmen, so hat es nur den Regelfall im Auge, daß wirklich eine Schuld besteht. Die Bemerkung von Hellwig S. 450 c und Müller Anm. 187 hat eine andere Bedeutung.

[135]) So auch Hellwig Anm. 899, Cosack vgl. oben Anm. 106, Müller 477/78, ähnlich Kohler, Archiv S. 233, 235 oben. Anders Beer S. 38 Mitte, 74 Zeile 5 und besonders S. 95 Zeile 11.

[136]) Vgl. oben § 6 in Verb. m. § 4 Z. 1.

auch aus § 328, 2: Der — eventuell nur vermeintliche — Schuldner will eine Einwirkung auf das Schuldverhältnis, insbesondere dessen Tilgung herbeiführen; um dies zu erreichen, muß er das Höchste tun, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers tun kann, also demjenigen, den er für seinen Gläubiger ansieht [137]), ein Recht auf das Hinterlegte zuwenden, und zwar sofort mit der Hinterlegung, da auch die Wirkung auf die Obligation sogleich eintreten soll. Aus dem Zweck des Vertrages ist gemäß § 328, 2 also auch hier zu entnehmen, daß der Dritte sofort ein Recht erlangen soll [138]). Daß bei dem Hinterleger eventuell ein Irrtum untergelaufen ist, indem er sich z. B. für verpflichtet hielt, obwohl eine Schuld gar nicht bestand, oder indem er jenen für seinen Gläubiger ansah, während es ein ganz anderer war, hat auf die Gültigkeit und Wirksamkeit seiner Willenserklärung nach dem B. G. B. zunächst keinen Einfluß [139]).

Aus der Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung folgt also keineswegs, daß der Dritte nun auch kein Recht gegen die Hinterlegungsstelle erlangt, auch zunächst nicht, daß diese zur Verweigerung der Leistung dem

[137]) Würde der Hinterleger unredliche Absichten haben, so würde dies jedenfalls nicht nach außen hervortreten, die rechtliche Behandlung wäre also die gleiche.

[138]) Oben § 4 Z. 3 haben wir uns der Kürze halber darauf beschränkt, das sofortige Recht des Dritten aus § 372 ff. direkt abzuleiten. Es wäre dort auch dieselbe Begründung wie hier möglich gewesen.

[139]) Vgl. aber unten § 10 ff.

Dritten gegenüber berechtigt wäre [140]). Der Unterschied von jener besteht vielmehr in dieser Beziehung nur darin, daß das aus der Hinterlegung in allen Fällen für den Dritten entstehende Recht bei Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung nicht die nach der Hinterlegungserklärung mit ihr in Zusammenhang stehende Obligation zu beeinflussen vermag. Die unmittelbaren Wirkungen der unrechtmäßigen Hinterlegung sind also ganz dieselben wie bei der rechtmäßigen, nur die mittelbare Wirkung der letzteren geht der ersteren ab.

Gemäß § 335 könnte sogar der Hinterleger selbst von der Hinterlegungsstelle die Leistung an den Dritten verlangen [141]), woran er bei Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung allerdings selten ein Interesse haben wird.

II. Die Erlangung des Rechts durch den Dritten aus der Hinterlegung ist aber noch keine definitive. Das Recht kann vielmehr sowohl durch Handlung des Dritten, nämlich durch die Zurückweisung gemäß § 333 [141a]), mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden, als auch durch Handlung des Hinterlegers, denn dieser hat aus der Hinterlegung als Verwahrungsvertrag grundsätzlich das Recht zur Rücknahme. Ist dieses

---

[140]) Vgl. aber unten § 11 Z. 4.

[141]) Ob man mit Hellwig S. 310 ff. hier ein Gesamtgläubigerschaftsverhältnis zwischen Hinterleger und Drittem annehmen kann, erscheint mir doch sehr zweifelhaft; vgl. dafür Cosack I § 97, II 6, Dernburg II 1 S. 237 VI, dagegen Crome II 1 S. 229 Anm. 37, Schollmeyer zu § 335 Z. 1.

[141a]) Nur bei der unrechtmäßigen Hinterlegung ist diese zulässig, vgl. oben § 4 Z. 3.

auch, wie im vorigen Paragraphen festgestellt, unmittelbar und in erster Linie gerichtet gegen die Hinterlegungsstelle, mittelbar ist es zugleich von Bedeutung für das dem Dritten erwachsene Recht, denn ebenso, wie der Hinterleger durch die körperliche Unterbringung der Gegenstände bei der Hinterlegungsstelle seinen Willen kundgetan hat, daß der Dritte ein Recht darauf erwerben soll, ebenso gibt er durch das Herausnehmen derselben aus dem Gewahrsam der Hinterlegungsstelle zu erkennen, daß dem Dritten dieses Recht nicht mehr zustehen solle. Das Rücknahmerecht hat also zwei Funktionen: einmal, direkt, nämlich im Rahmen des Verwahrungsvertrages, ermöglicht es dem Hinterleger die Wiedererlangung der Gegenstände aus dem Gewahrsam der Hinterlegungsstelle, und zweitens, indirekt, im Vertrage zugunsten eines Dritten, bildet diese selbe actio depositi für ihn ein Mittel, das dem Dritten entstandene Recht aufzuheben, also ein Widerrufsrecht und zwar ein einseitiges, denn der Hinterleger kann nach Belieben zurücknehmen [142]).

Ganz allgemein [143]) wird nun gelehrt, das Recht des Dritten werde nicht erst durch die Inempfangnahme der Gegenstände seitens des Hinterlegers vernichtet,

---

[142]) So auch Hellwig S. 458, 447, der von Beer S. 66/67, 73 oben, 94 Anm. 3 offenbar mißverstanden wird. Ferner zustimmend Planck, Schollmeyer, Stammler, vgl. oben Anm. 121. Anders Beer, Kohler, Müller, vgl. oben Anm. 119.

[143]) Vgl. Hellwig S. 447, Beer S. 71/72, Dernburg II 1 S. 279 oben, Müller S. 491 oben, Schollmeyer zu § 376 Z. 1 Mitte.

sondern schon dadurch, daß dieser die Gegenstände zurückfordert. Dies ist vollkommen richtig, wenn man, wie Beer und Müller, in dem Rücknahmerecht des § 376, 1 ein Erklärungsrecht sieht, welches dem Schuldner zusteht neben der actio depositi aus § 695. Von unserem Standpunkte aus kann man dem jedoch nicht beistimmen.

Hellwig, dem sich Dernburg und Schollmeyer offenbar angeschlossen haben, begründet seine Behauptung folgendermaßen [144]): „Ebenso sicher erscheint es mir, daß hier einer der in § 332 B. G. B. vorausgesetzten .... Fälle vorliegt, in welchen der Versprechensempfänger die Befugnis hat, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des im Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen .... Gibt man die Richtigkeit dieses Satzes zu, so versteht es sich von selbst, daß das Recht des Dritten auch durch die einfache Widerrufserklärung vernichtet werden kann, insbesondere auch dadurch, daß der Schuldner das depositum zurückgefordert hat". Gegen die Folgerung läßt sich nichts einwenden, die Richtigkeit der Prämisse aber erscheint sehr fraglich, denn sie setzt voraus, daß man einen Verwahrungsvertrag mit der Hinterlegungsstelle abschließen könnte unter der Abrede, daß man später einen Dritten angeben werde, an welchen die Gegenstände abzuliefern seien, oder auch ohne jede derartige Abrede. Verpflichtet ist nun die Hinterlegungsstelle sicher nicht, auf einen solchen

[144]) S. 447.

Vertrag einzugehen [144a]), praktisch wird er daher auch schwerlich vorkommen, und ob die bloß theoretische Möglichkeit seines Vorkommens genügt, jene Sätze daraus herzuleiten, erscheint mir gegenüber dem Text des Gesetzes sehr zweifelhaft. Nach diesem ist maßgebend (vgl. §§ 376, 1, 379, 2 und 3, 381, 386) immer die Zurücknahme der Sachen. Von einer solchen aber kann man zweifellos noch nicht sprechen, wenn die Sachen erst zurückgefordert sind, vielmehr folgt die Rücknahme der Rückforderung erst nach. Wenn also § 376, 2 [2] bestimmt: „Die Rücknahme ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt", so liegt darin auch: „Die Rücknahme ist nicht mehr möglich, wenn zwar die Gegenstände schon zurückgefordert sind, der Gläubiger aber vor Aushändigung derselben an den Schuldner die Annahme erklärt" [145]) [146]) [147]). Von dem Wortlaut des Gesetzes aber abzugehen, wird ohne zwingende Gründe nicht gestattet sein, und solche liegen meines Erachtens nicht vor, denn daß das Verfahren bei der

---

[144a]) Vgl. oben § 5.

[145]) Hierin liegt die eine Bedeutung der Frage, weiter vgl. unten S. 69.

[146]) Eingreifen kann in solchen Fällen aber § 29 H. O.!

[147]) Beer behauptet S. 71, „der Wortlaut von 379, 3 ergebe, daß reale Rücknahme nicht nötig sei, denn sonst würde das Gesetz gesagt haben, wird dem Schuldner die hinterlegte Sache zurückgegeben, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt." Das kann das Gesetz aber gar nicht sagen, wenn es das Verhältnis zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle richtig auffaßt, denn eine solche Ausdrucksweise hätte den Glauben erwecken können, daß die

Hinterlegung infolgedessen ein unübersichtliches Kreuz- und Querverfahren würde, wie Beer S. 72 behauptet, leuchtet mir, zumal im Hinblick auf § 29 H. O., nicht ein [148]).

Was hier zunächst für die rechtmäßige Hinterlegung aus dem Gesetz abgeleitet ist, muß ganz ebenso auch für die unrechtmäßige gelten [149]).

Kann demgemäß der Hinterleger das Recht des Dritten nicht durch bloße Rückforderung vernichten, so kann er folgerichtig auch nicht ohne weiteres an die Stelle des bei der Hinterlegung Bezeichneten einen anderen setzen [149a]), sondern er muß in der Tat erst [150]) das Hinterlegte herausnehmen.

III. Sein Widerrufsrecht muß der Hinterleger solange behalten, bis er seinen Willen kundtut, es aufzugeben, bezw. bis der Dritte gemäß dem Vertrage das Widerrufsrecht aufhebt.

1. Als ersten dieser Endigungsgründe nennt § 376, 2, welcher auch für die unrechtmäßige Hinterlegung gilt [151]), den Verzicht des Hinterlegers auf die Rücknahme. Durch diesen gibt er ganz unzweideutig

Hinterlegungsstelle die Rücknahme verlangen könne, was doch bei der rechtmäßigen Hinterlegung, an welche das Gesetz zunächst nur denkt, wegen des Kontrahierungszwanges von vornherein ausgeschlossen ist.

[148]) Vgl. auch Hellwig Anm. 902.

[149]) Vgl. oben § 6.

[149a]) Denn dies enthält zugleich eine Aufhebung des Rechts des Dritten durch bloße Erklärung.

[150]) Vgl. Hellwig Anm. 902.

[151]) Vgl. oben § 6.

zu erkennen, daß er nicht mehr befugt sein will, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben (§ 328, 2!), denn das Rücknahmerecht war, wie vorher gezeigt, gerade das Mittel dafür.

Der Verzicht auf die Rücknahme ist eine einseitige Willenserklärung, welche gegenüber der Hinterlegungsstelle abzugeben ist [152]). Er ist übrigens gar kein definitiver Verzicht, sondern, wie sich aus § 382 ergibt [153]), der Schuldner bezw. Hinterleger soll trotzdem zur Rücknahme berechtigt sein, wenn sich der Gläubiger bezw. Dritte nicht innerhalb von 30 Jahren bei der Hinterlegungsstelle meldet. Dieses Rücknahmerecht läßt sich meines Erachtens am einfachsten erklären [154]), wenn man den Verzicht auffaßt als einen durch condicio iuris (§ 382!) resolutiv bedingten und zugleich befristeten: Der Hinterlegende verzichtet auf die Rücknahme unter der Resolutivbedingung und zugleich Befristung, daß sich der Dritte bei der Hinterlegungsstelle innerhalb von 30 Jahren seit Empfang der Anzeige meldet.

Geschieht dies nun nicht, so ist die Bedingung ausgefallen, und der Hinterleger kann seine actio depositi wieder geltend machen.

2. Ebenso ferner, wie bei der rechtmäßigen Hinterlegung das Rücknahmerecht des Hinterlegers nach dem auf Grund der §§ 372 ff. eingegangenen Vertrage aus-

[152]) So die allgemeine Meinung.

[153]) Auch dieser gilt für die unrechtmäßige Hinterlegung; vgl. oben § 6.

[154]) Vgl. dazu oben § 7 II S. 62.

geschlossen sein soll, wenn der Dritte der Hinterlegungsstelle gegenüber die Annahme erklärt, ist es auch wieder bei der unrechtmäßigen [155]).

Von einer Annahme bei den Verträgen zugunsten Dritter spricht das Gesetz in §§ 328 ff. zwar nicht, man wird sie aber mit der allgemeinen Meinung [156]) unbedenklich zulassen und ihr die Wirkung geben, daß damit das Recht als definitiv erworben gilt, eine Zurückweisung gemäß § 333 also nicht mehr möglich ist. Die Annahmeerklärung hat also hier [157]) eine zweifache Bedeutung: einmal ist sie die Erfüllung der Bedingung, von welcher die Vertragschließenden die Unwiderruflichkeit des Rechts des Dritten abhängig gemacht haben [158]), und ferner bewirkt sie, daß der Dritte nicht mehr zurückweisen kann [159]). Die Annahme in § 376 ist demnach auch vom Standpunkt der Verträge zugunsten Dritter sehr wohl zu erklären, und zwingt nicht dazu, für die Befreiung bei der rechtmäßigen Hinterlegung einen Vertrag zwischen Hinterleger und Drittem anzunehmen.

---

[155]) Durch Annahme wird die unrechtmäßige Hinterlegung natürlich nicht immer rechtmäßig!

[156]) Vgl. Hellwig S. 449, Cosack I § 97 II 4b, Planck zu § 333 Z. 3, Dernburg II 1 S. 237 IV, Schollmeyer zu § 331 Z. 1, Mayring bei Staudinger zu § 333 Z. 5, auch wohl Oertmann zu § 333 Z. 2 usw.

[157]) Vgl. auch unten § 9.

[158]) Vgl. Beer S. 74 Mitte.

[159]) Dies ist wichtig nur für die unrechtmäßige Hinterlegung, vgl. oben § 5.

3. Der dritte Grund für die Unwiderruflichkeit nach § 376, 2, nämlich die Vorlegung eines rechtskräftigen Urteils zwischen Hinterleger und Drittem, welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt [160]), dürfte mit Beer [161]) und Müller [162]) unter denselben Gesichtspunkt zu bringen sein, wie die vorhergehenden, daß nämlich durch Vorlegung des Urteils der Hinterleger den Verzicht auf die Rücknahme, der Dritte die Annahme erklärt.

IV. Ist einer der vorher genannten Gründe eingetreten, so ist damit auch die actio depositi erloschen [162a]). Es dürfte daher nicht zutreffen [163]), wenn die Motive [164]), Matthiaß [165]) und anscheinend auch Kohler [166]) erklären, daß bei unrechtmäßiger Hinterlegung der Schuldner trotz Rücknahmeverzichts ohne weiteres zurücknehmen könne, und ebenso wenn Dernburg [167]), Oertmann [168]) und Rosenberg [169]) dem Schuldner dieses Recht zwar nicht ohne weiteres

---

160) Auch dies kann bei der an sich unrechtmäßigen Hinterlegung vorkommen, z. B. im Wege des Versäumnisverfahrens.

161) S. 75 III.

162) S. 483 oben; vgl. auch Hellwig Anm. 910.

162a) Wenn auch mit der Möglichkeit des Wiederauflebens, § 382.

163) Zustimmend Hellwig S. 450, Mayring zu § 376 III, Planck zu § 376 Z. 4, 378 Z. 2 Abs. 2.

164) Vgl. II S. 100, in Verbindung mit 98.

165) Vgl. I S. 429 B. 1.

166) S. 227 unten.

167) II 1 S. 277/78.

168) Kommentar zu § 376 Z. 2a Abs. 3.

169) S. 235.

geben wollen, wohl aber bei rechtskräftiger Feststellung der Unrechtmäßigkeit gemäß § 256 Z. P. O. [170]) [171]).

Entsprechend ist auch das Recht des Dritten unwiderruflich geworden, es könnte also jetzt die Wirkung des Verzichts im Verhältnis zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle durch Vertrag zwischen diesen zwar beseitigt werden, das Recht des Dritten aber, von der Hinterlegungsstelle die Leistung zu verlangen, würde dadurch nicht berührt [172]) [173]).

§ 9.

β) In dinglicher Beziehung.

Zu erörtern bleibt jetzt noch die Frage, welchen Einfluß die Hinterlegung auf die Besitz- und Eigentums-

[170]) Die Motive müssen natürlich konsequent in diesem Falle die Rücknahme erst recht zulassen; vgl. II S. 100.

[171]) Dernburg erklärt a. a. O. die Rücknahme auch dann für möglich, wenn „die Rechtsungültigkeit der Hinterlegung von dem als Gläubiger Bezeichneten in gehöriger Form anerkannt ist". Auch dies trifft an sich nicht zu, man wird aber in einer solchen Erklärung regelmäßig die Einwilligung in die Rücknahme zu finden haben (§ 133!); vgl. über diese unten § 13.

[172]) Wenn Oertmann a. a. O. als Grund für seine Behauptung angibt, daß die Sachlage dann offenbar überhaupt nicht unter §§ 372 ff. falle, so trifft dies, wie oben § 6 gezeigt, nicht zu. Würde es aber auch der Fall sein, so fiele sie doch immer noch unter § 328, 2.

[173]) Der Streit darüber, wie es mit § 382 zu halten ist, wenn die Anzeige wegen Untunlichkeit unterblieben ist (vgl. hierüber Beer S. 81 ff., Hellwig S. 452 und Anm. 914, Müller S. 484, Planck zu § 382 Z. 2 Abs. 2, Schollmeyer zu § 382 Z. 2) kann ja jetzt für das preußische Recht als praktisch erledigt gelten durch § 18 Abs. 3 H. O.

verhältnisse hat. Irgend ein Unterschied zwischen der rechtmäßigen und der unrechtmäßigen Hinterlegung kann sich hier nicht zeigen, denn mit der Wirkung auf das Schuldverhältnis hat diese Frage nichts zu tun.

I. Sehr einfach ist die Antwort in dem praktisch wohl wichtigsten Fall, daß das hinterlegte Geld usw. in das Eigentum der Hinterlegungsstelle bezw. des Staates übergeht[174]), denn hier erlangt die Hinterlegungsstelle bezw. der Staat durch die Entgegennahme des Geldes Besitz und Eigentum daran und überträgt mit der Auslieferung beides bezüglich der betreffenden Stücke an den Dritten bezw. den Hinterleger.

II. Lebhafter Streit aber besteht für die Hinterlegung von anderen Gegenständen. Die Ansichten gehen hier weit auseinander.

Nach Hellwig erwirbt der Dritte den — mittelbaren — Besitz wie das Eigentum, sobald die Hinterlegung unwiderruflich geworden ist, ohne daß ein Weiteres dazu nötig wäre[175]). Müller und Rosenberg lassen mit diesem Augenblick nur den — mittelbaren — Besitz übergehen, während zum Eigentumsübergang gemäß § 929 noch die Einigung zwischen Hinterleger und Drittem nötig sei, die aber spätestens infolge der Annahmeerklärung zustande komme, da der Hinterleger durch die in § 374 vorgeschriebene Anzeige oder sonstige Mitteilung dem Dritten eine abstrakte Über-

[174]) Art. 145 Einf.-Ges., § 7 H. O.

[175]) Vgl. Hellwig S. 456 oben.

eignungsofferte mache [176]) bezw. die Hinterlegung selbst als eine solche Offerte gegenüber dem Dritten sich darstelle [177]) [178]). Beer gibt dem Gläubiger schon infolge der widerruflichen Hinterlegung den mittelbaren Besitz, weil er von seiner Auffassung des Rücknahmerechts aus ihm allein den Herausgabeanspruch zuschreibt, solange sein Recht nicht vom Hinterleger widerrufen ist, und fordert gemäß § 929, 2 zum Eigentumsübergang nun noch die Einigung zwischen beiden, die durch Annahmeerklärung zustande kommen könne [179]). Kohler [180]), Crome [181]) und Scholl-

---

[176]) So Müller S. 518/19.

[177]) So Rosenberg S. 238.

[178]) Von einer dinglichen Wirkung der widerruflichen Hinterlegung sprechen Hellwig, Müller und Rosenberg nicht, sie nehmen also offenbar an, daß diese überhaupt keine habe.

[179]) Vgl. Beer S. 110 ff. Zu bemerken ist hier, daß Beer S 111 Anm. 2 behauptet, bei unrechtmäßiger Hinterlegung werde der Gläubiger auch nicht mittelbarer Besitzer, „denn (unter Berufung auf Bartels bei Gruchot) für den mittelbaren Besitz sei das Rechtsverhältnis kausal, auf grund dessen der Besitzerwerber den Anspruch erwerbe. Soweit dieses nichtig, vollziehe sich auch kein Erwerb des Besitzes". Die Richtigkeit der letzteren Behauptung kann dahingestellt bleiben (das Gegenteil behaupten z. B. Achilles zu § 868 Anm. 1, Biermann zu § 868 Z. 1 am Ende usw.), denn wie oben in §§ 6—8 dargelegt, ist das Rechtsverhältnis bei der unrechtmäßigen Hinterlegung keineswegs nichtig, sondern soweit es hier in Betracht kommen kann, ist es ganz dasselbe wie bei der rechtmäßigen. Es ist daher im obigen auf die Ansicht Beers auch für die unrechtmäßige Hinterlegung Bezug genommen worden.

[180]) Bei Ihering S. 311 ff., Archiv 209 ff.

[181]) II 1 S. 282.

meyer[182]) wieder lassen Besitz wie Eigentum übergehen mit der Annahmeerklärung[183]) gegenüber der Hinterlegungsstelle, und nach Planck[184]) endlich ist, wenigstens behauptet dies Müller[185]), zum Besitz wie Eigentumsübergang auf den Dritten nötig die Aushändigung der Gegenstände. Die §§ 372 ff., welche hier zunächst in Betracht kommen müssen, enthalten nicht die geringste Andeutung für die Lösung, denn der § 378, an den man wohl denken könnte[186]), bestimmt nur, daß „der Schuldner in gleicher Weise befreit werde, wie wenn er ..... an den Gläubiger geleistet hätte", setzt also nur die Einwirkung auf das zu tilgende Schuldverhältnis fest[187]). Es müssen daher die in Buch III B. G. B. enthaltenen allgemeinen Vorschriften über Erwerb von Besitz und Eigentum zur Anwendung kommen. Danach ist nötig gemäß § 854 zum Erwerb des unmittelbaren Besitzes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, zum Übergang des Eigentums nach § 929 die Übergabe, die gemäß §§ 930 ff.

---

[182]) Zu § 376 Z. 2 b, S. 309 Z. 5 hinsichtlich des Besitzes, zu 378 Z. 3 bezüglich des Eigentums.

[183]) Und hierauf gründen sie mit Ausnahme von Schollmeyer wieder bei der rechtmäßigen Hinterlegung die Befreiung; vgl. oben § 4 Z. 1, vgl. auch unten S. 90.

[184]) Zu § 378 Z. 4.

[185]) S. 518 oben. Meines Erachtens ist dies aus der angeführten Stelle nicht zu entnehmen.

[186]) Vgl. Hellwig Anm. 926.

[187]) So auch Hellwig selbst a. a. O., Beer S. 116/17, Crome II 1 S. 282 Z. 1 und Anm. 11, Müller S. 518 ff., Schollmeyer zu § 378 Z. 3.

ersetzt werden kann, und die Einigung beider Parteien[188]).

1. Durch die noch frei widerrufliche Hinterlegung überträgt der Hinterlegende, das ist unbestritten, der Hinterlegungsstelle die tatsächliche Gewalt an den betreffenden Sachen; die Hinterlegungsstelle bezw. der Staat wird also gemäß § 854 unmittelbare Besitzerin. Fraglich ist nun aber, ob nicht auch der Hinterleger oder der Dritte oder womöglich alle beide als Besitzer anzusehen sind, nämlich als mittelbare Besitzer, denn (§ 870!) jeder von ihnen kann ja die Herausgabe der Gegenstände von der Hinterlegungsstelle verlangen. Um die Frage beantworten zu können, haben wir erst auf den hier maßgebenden § 868 etwas näher einzugehen: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)".

Die Fassung dieses Paragraphen ist keineswegs einwandsfrei, denn da sich der Relativsatz nur auf die „ähnlichen Verhältnisse" bezieht, könnte es scheinen, als ob eine Berechtigung bezw. Verpflichtung auf Zeit nur nötig sei für diese, während die mit Namen auf-

---

[188]) Der Auffassung Hellwigs bezüglich der Eigentumserlangung kann man daher nicht beitreten, denn wenn das Gesetz die Möglichkeit eines Vertrages zugunsten eines Dritten zulassen wollte mit der Wirkung, daß der Dritte Eigentum erlangt, so müßte es dies unzweideutig zum Ausdruck bringen.

gezählten Rechtsverhältnisse schlechthin zur Herstellung des mittelbaren Besitzes genügten, auch wenn sie eine Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz auf Zeit und also auch einen Herausgabeanspruch nicht begründeten [189]). Da aber nun nach § 870 der Herausgabeanspruch und damit die Berechtigung bezw. Verpflichtung zum Besitz auf Zeit mit die Hauptsache ist [190]), so kann man, wenn diese fehlt, das bloße Vorliegen eines der ausdrücklich genannten Verhältnisse zur Begründung des mittelbaren Besitzes nicht genügen lassen [191]). § 868 ist demnach meines Erachtens ganz sicher dahin zu verstehen [191a]): „Besitzt jemand eine Sache in einem Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, insbesondere als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw., so ist auch der andere Besitzer".

---

[189]) Offenbar hat man bei Abfassung des Paragraphen den Herausgabeanspruch in jenen Fällen für selbstverständlich gehalten und sich nicht denken können, daß es z. B. einen Verwahrungsvertrag geben könne, bei welchem der Deponent nicht zur Rückforderung berechtigt wäre.

[190]) Allein genügt dieser auch nicht; vgl. Strohal S. 19 und unten S. 79.

[191]) Dies geht auch aus 870 hervor: wenn z. B. der Verpächter als mittelbarer Besitzer den Herausgabeanspruch abtritt, so erlangt der andere den mittelbaren Besitz, der Abtretende verliert ihn also, obwohl er gegenüber dem unmittelbaren Besitzer zunächst nach wie vor Verpächter bleibt.

[191a]) So anscheinend auch Achilles, Vorbem. zum 1. Abschnitt des 3. Buches, S. 321 Z. 3, 2. Hälfte.

Wesentlich ist danach für das Vorhandensein eines mittelbaren Besitzes einmal [192]), daß zwischen zwei Parteien ein Rechtsverhältnis besteht, zweitens, daß dieses Verhältnis ein solches ist, welches die eine Partei der anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet, und drittens, daß die erstere wirklich im unmittelbaren Besitz der Sache ist. Ein weiteres Erfordernis, wonach der unmittelbare Besitzer seinen Besitz gerade von der andern Partei erlangt haben müsse [193]), stellt das Gesetz in § 868 nicht auf. Das Gegenteil ergibt sich weder, wie Strohal, Planck und Kober behaupten [194]), daraus, daß die Rechtsverhältnisse der 2. Kategorie denen der ersten „ähnlich" sein müssen, denn die Ähnlichkeit besteht, wie nach der oben verbesserten Fassung des § 868 offenbar ist, nur in der Besitzberechtigung bezw. Verpflichtung auf Zeit, noch ist es aus §§ 941, 986, 991 usw. zu entnehmen, denn diese sprechen nur davon, daß der unmittelbare Besitzer im Falle eines mittelbaren Besitzes sein Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ableitet, d. h. eben nur, daß er in einem Rechtsverhältnisse zu einem anderen stehe, wonach er Dritten gegenüber zum Besitz berechtigt ist, nicht aber, daß er seinen unmittelbaren Besitz selbst auch von ihm erlangt haben müsse [195]).

---

[192]) Vgl. dazu auch Strohal S. 18 ff.

[193]) So Strohal S. 22/23, Kober bei Staudinger zu § 868 I 2, Planck zu § 868 Z. 2 b γ Abs. 2.

[194]) a. a. O.

[195]) Jene Paragraphen enthalten also keineswegs etwas neues gegenüber § 868. Die Ausführungen Strohals richten sich übrigens

Prüfen wir nun daraufhin die Sachlage bei der widerruflichen Hinterlegung. Die Hinterlegungsstelle ist, wie oben festgestellt, im unmittelbaren Besitz der Gegenstände. Ein Rechtsverhältnis, d. h. ein rechtlich geschütztes Verhältnis, liegt zweifellos (vgl. §§ 372 ff., 688 ff., 328 ff.) sowohl zwischen ihr und dem Hinterleger als auch zwischen ihr und dem Dritten vor. Es würde sich also nur noch handeln um eine auf jenes Rechtsverhältnis sich gründende Besitzberechtigung oder Verpflichtung der Hinterlegungsstelle auf Zeit gegenüber dem einen oder dem anderen.

Eine Berechtigung der Hinterlegungsstelle zum Besitz auf Zeit besteht weder dem Hinterleger, noch dem Dritten gegenüber, denn der Hinterleger darf jederzeit zurücknehmen, der Dritte jederzeit, sei es auch unmittelbar nach Abschluß des Hinterlegungsvertrages, die Ausfolgung der Gegenstände verlangen [196]).

Ist also die Hinterlegungsstelle auf Grund des mit dem Hinterleger einerseits, dem Dritten andrerseits, bestehenden Rechtsverhältnisses diesen gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet? Betrachtet man zunächst einmal nur das Verhältnis zwischen Hinterlegungsstelle und Hinterleger, so muß man die Frage

hauptsächlich gegen einen mittelbaren Besitz des Verlierers, vermittelt durch den Finder (vgl. Strohal S. 22 ff. gegen Wendt S. 62).

[196]) Daß die Hinterlegungsstelle eventuell wegen mangelnden Nachweises seiner Legitimation die Herausgabe verweigern darf, hat hier nichts zu bedeuten, denn diese Berechtigung zum Besitz entspringt nicht dem zwischen ihr und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnis.

mit ja beantworten, denn der Hinterleger kann, wie bemerkt, jederzeit die Rückgabe fordern, die Hinterlegungsstelle würde ihm also haften, wenn sie den Besitz einfach aufgegeben hätte.

Ganz dasselbe Resultat aber ergibt sich, wenn man die Beziehungen zwischen Hinterlegungsstelle und Drittem gesondert ins Auge faßt. Man könnte demnach in der Tat annehmen wollen, daß bei der widerruflichen Hinterlegung sowohl der Hinterleger als auch der Dritte mittelbarer Besitzer sei. Dennoch erscheint dies nicht angängig. Der Herausgabeanspruch nämlich [196a]), der für das Vorhandensein eines mittelbaren Besitzes ganz besonders wesentlich ist, muß jemandem, damit dieser als mittelbarer Besitzer gelten kann, uneingeschränkt zustehen, er darf nicht in der Weise beeinträchtigt sein, daß neben dem Betreffenden a u c h ein anderer die Aushändigung an sich selbst verlangen kann. Dies ergibt sich deutlich aus § 870: Damit ein anderer den mittelbaren Besitz erlangt, muß ihm der Herausgabeanspruch a b g e t r e t e n werden; es genügt also nicht die Übertragung jenes Anspruches in der Weise, daß auch der bisherige unmittelbare Besitzer ihn behält [196b]), sondern dieser muß ihn verlieren. Da nun mit Abschluß des Hinterlegungsvertrages der

---

[196a]) Die Verpflichtung zum Besitz auf Zeit bedeutet dasselbe, nur betrachtet man bei dieser Ausdrucksweise das Verhältnis vom unmittelbaren Besitzer aus, dort vom mittelbaren.

[196b]) Eine compossessio plurium in solidum ist, wenigstens beim Besitz desselben Grades (also beim unmittelbaren bezw. mittelbaren Besitz) auch heute ausgeschlossen.

Anspruch auf Herausgabe weder dem Hinterleger noch dem Dritten uneingeschränkt zusteht, sondern der Anspruch des einen immer durch den des andern beeinträchtigt wird, so kommen wir zunächst zu dem Resultat, daß durch die widerrufliche Hinterlegung als solche überhaupt noch niemand den mittelbaren Besitz erlangt. Im Nachstehenden werden wir dies aber in gewisser Weise zu modifizieren haben.

2. Der Eintritt der Unwiderruflichkeit bewirkt nun, daß der Anspruch des Hinterlegers erlischt (allerdings mit der Möglichkeit des Wiederauflebens wegen der Resolutivbedingung, vgl. oben § 8). Nun ist zwar das Verhältnis zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle immer noch ein Verwahrungsvertrag [197]), aber als mittelbaren Besitzer kann man den Hinterleger jetzt sicher erst recht nicht betrachten, denn [198]) jetzt ist der für den mittelbaren Besitz wesentliche Herausgabeanspruch und damit die Verpflichtung zum Besitz auf Zeit ganz weggefallen, während sie vorher doch in gewissem Umfang bestand.

Andrerseits wird durch die Unwiderruflichkeit die Position des Hinterlegers derartig verstärkt, daß dieser jetzt den alleinigen Herausgabeanspruch hat, und daß jetzt in seiner Person alles zutrifft, was § 868 verlangt: Unmittelbarer Besitz jemandes und ein Rechtsverhältnis

[197]) Die Pflichten der Hinterlegungsstelle als Depositar bleiben mit Ausnahme der Rückgabeverpflichtung grundsätzlich bestehen, vgl. z. B. § 373 und Hellwig S. 450 Z. 4, 451.

[198]) Vgl. oben unter 1.

mit der Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers jenem gegenüber zum Besitz auf Zeit [198a]).

Der Dritte ist daher gemäß § 868 jetzt mittelbarer Besitzer [199]).

Daß der Dritte von der Besitzerlangung eventuell nichts weiß, schadet auch für den mittelbaren Besitz nicht, vgl. z. B. § 857: „Der Besitz (also auch der mittelbare) [200]) geht auf den Erben über", dieser erwirbt ihn also auch ohne sein Wissen.

Die Erlangung des mittelbaren Besitzes aber ist zurückzudatieren auf den Zeitpunkt der Hinterlegung. Es erscheint dies von vornherein angemessen, denn ein mittelbarer Besitzer wird, da die Hinterlegungsstelle nicht Eigenbesitzerin ist, vermutlich [201]) auch bei der widerruflichen Hinterlegung vorhanden sein. Es ergibt sich dies aber auch indirekt aus § 378. Dieser bestimmt,

---

[198a]) nämlich auf 30 Jahre seit Empfang der Anzeige, § 382!

[199]) Hellwig, Müller und Rosenberg kommen zu demselben Resultat durch eine Analogie mit 870 bezw. 931. Dies erscheint mir insofern etwas gefährlich, als es sich um das Sachenrecht, also ius cogeus, handelt, und als man sich dadurch leicht bewegen läßt, da man von der nach §§ 870, 931 erforderlichen Einigung („Abtretung"!) bezüglich der Erlangung des Besitzes bezw. Herausgabeanspruches (beide sind nicht völlig identisch, vgl. § 934 und Biermann zu § 931 b und zu 934) absieht, dasselbe zu tun bei der Einigung über den Eigentumserwerb, wozu Hellwig auch in der Tat gelangt.

[200]) Vgl. Achilles zu § 868 Anm. 2, Bartels S. 652, Biermann zu § 929 Z. 3, Planck zu § 868 Z. 1 Abs. 1; anders Strohal S. 29 VI.

[201]) Unbedingt nötig ist dies nicht, vgl. auch Strohal S. 22 ff.

daß der Schuldner bei Eintritt der Unwiderruflichkeit befreit werde mit Rückbeziehung auf den Augenblick der Hinterlegung. Der Schuldner wird aber befreit nur, weil das dem Dritten zugewandte Recht jetzt unwiderruflich ist; wird nun die Befreiung zurückdatiert auf den Moment der Hinterlegung, so beruht dies höchstwahrscheinlich auf der Erwägung, daß zunächst die Unwiderruflichkeit des Rechts auf diesen Augenblick zurückbezogen wird [201a]). Das unwiderrufliche bezw. alleinige Recht war es aber nur, was dem Dritten von Anfang an zum mittelbaren Besitz fehlte; gilt dieses mit Eintritt der Unwiderruflichkeit als schon im Moment der Hinterlegung erlangt, so muß dasselbe gelten vom mittelbaren Besitz.

Umgekehrt verhält es sich, wenn der Hinterleger die Sachen zurücknimmt. Dann gilt nach § 379, 3 die Hinterlegung als nicht erfolgt, d. h. zunächst nur, es gelten die Wirkungen des § 379, 1, 2 auf das Schuldverhältnis als nicht eingetreten. Da dies aber darauf beruht, daß der Dritte das — widerrufliche — Recht auf das Hinterlegte erlangt hatte, so gilt es auch, als hätte der Dritte das Recht niemals erlangt, also als hätte der Hinterleger seit dem Augenblick der Hinterlegung bis zur Rücknahme den ausschließlichen Herausgabeanspruch gehabt, als wäre er während dieser Zeit mittelbarer Besitzer gewesen.

Wir modifizieren daher unsre Ausführungen unter 1. am Ende dahin, daß bezüglich der Erlangung des

[201a]) Und infolgedessen erst wieder die Befreiung.

mittelbaren Besitzes bei der widerruflichen Hinterlegung ein Schwebezustand eintritt: Wer als mittelbarer Besitzer zu betrachten ist, bleibt zunächst dahingestellt; nimmt der Hinterleger zurück, so wird es so angesehen, als wäre er mit der Hinterlegung mittelbarer Besitzer geworden, wird die Hinterlegung unwiderruflich, so gilt es, als hätte sofort mit der Hinterlegung der Dritte den mittelbaren Besitz erlangt.

Eine derartige Gestaltung bezüglich des Besitzes ist keine Besonderheit der Hinterlegung, denn eine ähnliche Situation ergibt sich z. B. auf Grund von § 859: Schlägt hier der Erbe aus, so gilt es, als ob der Nächstberechtigte schon mit dem Erbfall Besitzer, also möglicherweise auch mittelbarer Besitzer, geworden wäre.

3. Mit welchem Augenblick erwirbt nun aber der Dritte Eigentum am Hinterlegten?

Man sieht sich hier in einer ziemlich schwierigen Lage. Daß der Dritte nicht schon blos durch die unwiderrufliche Hinterlegung Eigentum erlangt, erscheint gewiß [202]); ebenso gewiß aber ist, daß der Dritte spätestens mit der Aushändigung der Sachen Eigentümer werden muß. Letzteres kann nun meines Erachtens nicht der für den Eigentumsübergang maßgebende Augenblick sein, denn sonst müßte die nach § 929 daran noch fehlende Einigung zustande kommen zwischen Hinterlegungsstelle und Drittem, es müßte also die Hinterlegungsstelle bei der Einigung als Vertreterin

[202]) Vgl. oben Anm 188.

des Hinterlegers angesehen werden. Man könnte ja nun allerdings sagen, daß sie zur Vertretung ermächtigt werde durch den Hinterlegungsvertrag und zwar speziell durch die Abrede der Leistung an den Dritten[203]). Wenn dann aber nach Aushändigung der Gegenstände an den Dritten der Hinterleger jenen Vertragsteil anfechten würde[203a]), so würde nach 142, 1 auch die Ermächtigung der Hinterlegungsstelle zum Abschluß des dinglichen Vertrages und damit dieser selbst als von Anfang an nichtig gelten, und gemäß § 179, 2 würde die Hinterlegungsstelle dem Dritten auf das negative Vertragsinteresse haften. Dies wäre aber gewiß ein unbefriedigendes Resultat[204]).

Die fehlende Einigung muß daher zustande gekommen sein direkt zwischen Hinterleger und Drittem, und zwar in der Zeit zwischen dem Abschluß des Hinterlegungsvertrages und der Aushändigung.

Die Einigung ist ein Vertrag[205]), setzt sich also zusammen aus Antrag und Annahme. Es fragt sich

---

[203]) Ähnlich Müller S. 518 oben.

[203a]) Gemäß § 119 ff.

[204]) Dagegen kann man nicht etwa einwenden, daß bei der unrechtmäßigen Hinterlegung der Dritte stets die Anfechtbarkeit kenne bezw. kennen müsse, also ein Ersatz des negativen Interesses gemäß §§ 179, 3, 142, 2 nicht in Frage komme. Man nehme z. B. den Fall: Ein Schuldner hinterlegt für jemand, der schon seit längerer Zeit ganz allgemein als Erbe seines Gläubigers gilt (etwa weil er dessen nächster Verwandter ist) und den er entsprechend auch dafür hält, und nachher findet sich ein Testament, in dem ein ganz anderer eingesetzt ist.

[205]) Vgl. Achilles S. 362 Z. 1, Beer S. 118, Biermann zu § 929 Z. 2b, Planck zu § 929 Z. 3 Abs. 1.

daher, welche von den im Verlaufe einer jeden Hinterlegung vorkommenden Willenserklärungen man als Antrag und welche als Annahme aufzufassen hat.

Als Übereignungsantrag des Hinterlegers kann überhaupt nur inbetracht kommen einmal die Hinterlegung selbst[206]) und ferner die Mitteilung an den Dritten gemäß § 374, 2 B. G. B. bezw. 18, 3 H. O.[207]).

Gibt man der Mitteilung an den Dritten diese Bedeutung, so muß man die Hinterlegungsstelle im Falle der Mitteilung gemäß § 18, 3 H. O. wieder als Vertreterin des Hinterlegers bezüglich der Einigung ansehen, was nach dem vorher Gesagten nicht angängig scheint. Die Benachrichtigung gemäß § 374, 2 durch den Hinterleger selbst aber hat ganz denselben Charakter, folglich kann auch sie nicht als Übereignungsofferte aufgefaßt werden. Es bleibt mithin nur noch die Hinterlegung selbst, und hier kommen wir zu dem gewünschten Resultat: durch die Unterbringung der Gegenstände bei der Hinterlegungsstelle und die Abrede, daß sie dem Dritten ausgehändigt werden sollen, gibt der Hinterleger mittelbar[208]) auch seinen Willen kund,

---

[206]) So Kohler, Crome, Rosenberg, vgl. oben Anm. 180, 181, 177.

[207]) So Müller, vgl. oben Anm. 176.

[208]) In erster Linie will der Hinterleger durch die Hinterlegung eine Wirkung auf das Schuldverhältnis erzielen, in erster Linie gibt er daher durch die Hinterlegung seinen Willen kund, daß der Dritte das Recht auf das Hinterlegte erlangen solle, denn dieses ist der Grund für die Wirkung auf das Schuldverhältnis, vgl. oben § 4.

daß der Dritte das Eigentum an den Gegenständen erwerben solle, sobald er sich bei der Hinterlegungsstelle melde. Man kann daher die Hinterlegungserklärung, wonach der Dritte die Gegenstände bekommen soll, als eine abstrakte Übereignungsofferte gegenüber dem Dritten auffassen [209]).

Allerdings könnte entgegen gehalten werden, daß der Hinterleger durch die Hinterlegung seinen Willen zunächst nicht dem Dritten, sondern der Hinterlegungsstelle gegenüber erklärt. Man kann sich aber meines Erachtens damit helfen, daß man den Antrag des Hinterlegers als einen solchen ansieht, „welcher nach der Verkehrssitte nicht gegenüber dem anderen Teil, sondern gegenüber der Hinterlegungsstelle zu erklären ist“ [210]).

Durch die Annahme gemäß § 376, 2^2 aber, welche „nach der Verkehrssitte entsprechend nicht gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden braucht, sondern gegenüber der Hinterlegungsstelle“ [211]), erklärt der Dritte, daß er, wie oben bemerkt, das ihm zugewendete Recht auf das Hinterlegte haben will, und darin liegt zugleich, daß er das Eigentum an den Gegenständen erwerben will. Mit diesem Augenblick also kommt der

---

[209]) Einer solchen stehen nicht die gegen die Solutionsofferte geltend gemachten Bedenken entgegen, vgl. oben § 4.

[210]) Analog § 151.

[211]) Vgl. § 151. Damit würden auch die Bedenken wegfallen, die Beer S. 118 gegen die Bezeichnung einer derartigen Einigung als Vertrag geltend macht.

dingliche Vertrag, die Einigung, zustande[212]) und wird der Dritte gemäß § 929 Eigentümer[213]).

Die Mitteilung von der Hinterlegung an den Dritten hat demgemäß in dinglicher Beziehung nur die Bedeutung einer Benachrichtigung, daß, wenn man sich etwas realistisch ausdrücken will, bei der Hinterlegungsstelle eine Willenserklärung des Hinterlegers für den Dritten bereit stehe, durch deren Annahme sich dieser zum Eigentümer, event. zum mittelbaren Besitzer und Eigentümer, machen könne.

Bei Abhängigmachen von einer Gegenleistung gemäß § 373 ist die Einigung nur unter der Suspensivbedingung erfolgt, daß der Dritte die Gegenleistung macht. Dieser erlangt also Eigentum erst mit Erfüllung der Bedingung.

Den Eigentumserwerb auf den Moment der Hinterlegung zurückzubeziehen, wie Beer S. 118 will, scheint mir nicht angängig, denn dies kann man meines Erachtens nicht aus § 378 ableiten.

War der Hinterleger nicht Eigentümer, so erlangt der Dritte regelmäßig[214]) Eigentum, wenn er zur Zeit der Annahme in gutem Glauben war.

---

[212]) Soweit dies nicht schon auf gewöhnlichem Wege geschehen ist.

[213]) Wird also die Hinterlegung unwiderruflich durch Annahme, so erlangt dadurch der Dritte zugleich Besitz und Eigentum; bei Unwiderruflichkeit durch Rücknahmeverzicht erlangt er durch die Annahme natürlich nur noch das Eigentum, da er den Besitz schon vorher hat.

[214]) Ausnahmen § 935, 1.

Die obligatorischen Wirkungen sind also vom Gesetz in anderer Weise geregelt als die dinglichen. In ersterer Beziehung erlangt der Dritte schon durch die widerrufliche Hinterlegung ein Recht bezw. durch die unwiderrufliche ein unentziehbares Recht [214a]), ohne daß der Dritte dabei notwendig mitzuwirken hätte. In dinglicher Beziehung dagegen erwirbt die widerrufliche Hinterlegung dem Dritten nur die Möglichkeit, die unwiderrufliche außer dem mit dem obligatorischen Recht zusammenhängenden mittelbaren Besitz die unentziehbare Möglichkeit, das Eigentum am Hinterlegten zu erlangen, und er erwirbt das Eigentum erst durch eine Willenserklärung seinerseits.

Ein Bedenken kann aus dieser Verschiedenheit der Regelung, welche uns im Folgenden noch Schwierigkeiten bereiten wird, gegen die Auffassung der Hinterlegung als Vertrag zugunsten eines Dritten nicht hergeleitet werden, denn das Gesetz behandelt die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und zieht dabei, wie oben § 4 gezeigt, nur ihre obligatorischen Wirkungen in Betracht, während man an die dinglichen Verhältnisse bei Abfassung des Gesetzes wahrscheinlich gar nicht gedacht hat [215]).

[214a]) Und bei der rechtmäßigen Hinterlegung tritt infolgedessen die Wirkung auf das Schuldverhältnis ein.

[215]) So auch Müller, Anm. 151.

III. Welche Mittel bietet das Gesetz zur Beseitigung der Wirkungen der nicht rechtmässigen Hinterlegung?

§ 10.

1. Im allgemeinen.

Wie wir im vorhergehenden Abschnitt festgestellt haben, hat die unrechtmäßige Hinterlegung, abgesehen von der Wirkung auf das Schuldverhältnis, im allgemeinen ganz dieselben Wirkungen wie die rechtmäßige, insbesondere erwirbt auch dort derjenige, für welchen hinterlegt ist, ein Recht auf das Hinterlegte. Daß es dabei bezw. bei der auf Grund dieses Rechts erfolgten Erlangung der hinterlegten Gegenstände durch den Dritten bei der unrechtmäßigen Hinterlegung nicht endgültig verbleiben kann, ist von vornherein klar, denn dies würde eine außerordentliche Unbill gegenüber dem Hinterleger bedeuten. Wir haben uns daher im Gesetz nach Mitteln umzusehen, welche ihm die Wiederherstellung des früheren Vermögensstandes ganz oder wenigstens annähernd ermöglichen.

Das einfachste Mittel dazu ist die in §§ 372 ff. vorgesehene Rücknahme, über die wir oben bereits eingehend zu sprechen Gelegenheit hatten. Sie ist aber eben nur möglich, so lange die Hinterlegung noch nicht unwiderruflich geworden ist. Die einzige spezielle

Vorschrift, welche bei unwiderruflicher Hinterlegung hilft, der § 382, ist ja anwendbar[216]), aber dies wird meist ein recht schwaches Mittel sein, namentlich, wenn sich die Unrechtmäßigkeit alsbald nach der Hinterlegung herausstellt, denn einmal muß der Hinterleger dabei fast 30 Jahre warten, und ferner ist hier stets die Möglichkeit gegeben, daß der Dritte, dessen Recht ja unberührt besteht, inzwischen die Gegenstände abhebt.

Wir haben daher auch die allgemeinen Vorschriften heranzuziehen. Diese gewähren dem Hinterleger eine Reihe von Mitteln zur Wettmachung jener ihm ungünstigen Wirkungen unter gewissen Voraussetzungen, nämlich die Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung, und eins grundsätzlich in allen Fällen, nämlich die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Überhaupt kein Mittel bietet sich dem Hinterleger, wenn er, ohne daß eine widerrechtliche Drohung vorlag[217]), gewußt hat, daß die Hinterlegung unrechtmäßig sei, denn in diesem Falle ist ihm die condictio gemäß §§ 814, 815 versagt.

Damit, daß bei Unwiderruflichkeit nur die Anfechtung bezw. die condictio einen Ausgleich herbeiführen kann, ist übrigens nicht gesagt, daß diese nun auch nur bei der unwiderruflichen Hinterlegung gestattet wären und ausgeschlossen sein müßten für die

[216]) Vgl. oben § 8.

[217]) Wenn man sich an den Wortlaut der §§ 814, 815 hält, so muß man auch hier dem Bedrohten die condictio versagen, aber dies entspräche sicherlich nicht dem Sinne des Gesetzes.

widerrufliche Hinterlegung. Wenn sie auch ihre Hauptbedeutung zweifellos für die erstere haben werden, so findet sich doch keine Vorschrift im Gesetze, welche die Anfechtung wegen Irrtums usw. oder die Kondiktion aus §§ 812 ff. deshalb ausschlössen, weil der Hinterleger denselben oder wenigstens annähernd denselben Erfolg auch durch Ausübung des Rücknahmerechts herbeiführen könnte[218]).

Auf das einzelne haben wir nun im folgenden näher einzugehen.

2. Im einzelnen.

§ 11.

a) Die Anfechtung wegen Irrtums.

Eins der wichtigsten Mittel zur Beseitigung der Wirkungen einer unrechtmäßigen Hinterlegung ist für den Hinterleger die Anfechtung wegen Irrtums, denn meist wird es ein Irrtum sein, welcher die Veranlassung zu der — wie sich später herausstellt, unrechtmäßigen — Hinterlegung gegeben hat.

Selbstverständlich berechtigt nicht jeder Irrtum zur Anfechtung, sondern es müssen die Erfordernisse von § 119 gegeben sein.

Wann dies in concreto der Fall ist, kann hier nicht näher untersucht werden. Nur das soll bemerkt

---

[218]) Anders Beer, Hellwig und Müller, vgl. unten bei Anm. 259. Die Hauptbedeutung der Feststellung liegt darin, daß die Anfechtung das Recht des Dritten im allgemeinen sofort vernichtet, die bloße Rückforderung jedoch nicht, vgl. § 11 Z. 3 und oben § 8, vgl. auch unten § 13.

werden, daß hier vielfach in Frage kommen wird der Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Person (§ 119, 2), indem z. B. der Hinterleger den Dritten für seinen Gläubiger hielt, während es ein ganz anderer ist, oder die Schuld überhaupt nicht besteht, oder ein anderer Schuldner ist.

Einzugehen ist hier nur auf die Besonderheiten, welche sich bei Anwendung der betreffenden Vorschriften für die Hinterlegung ergeben.

1. Dem Umfange nach kann sich der zur Anfechtung berechtigende Irrtum beziehen lediglich auf den Verzicht zur Rücknahme, wenn ein solcher überhaupt abgegeben ist, oder auf den Verwahrungsvertrag, oder auf die Abrede der Leistung an den Dritten [219]), oder auch auf mehrere von diesen Teilen [220]) [221]). Letzterenfalls kann der Hinterleger, z. B. wenn er ganz sicher gehen will, die mehreren Teile anfechten, und zwar muß er dies dann tun nach den Regeln bezüglich jedes einzelnen dieser Teile. Er kann sich aber auch damit begnügen, nur einen dieser Teile anzufechten, zumal, wie im folgenden zu zeigen ist, die Anfechtung eines Teiles des Hinterlegungsgeschäftes im all-

[219]) Die Nebenabrede, wie wir sie im Folgenden der Kürze halber mit Hellwig nennen wollen, vgl. oben § 3.

[220]) Also möglicherweise auch auf drei Teile, z. B. es hinterlegt jemand unter Verzicht auf die Rücknahme, während er eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte.

[221]) Insbesondere wird ein Irrtum bezüglich des — eventuellen — Rücknahmeverzichts in der Regel auch einen Irrtum bezüglich der Nebenabrede darstellen.

gemeinen [221a]) dieselbe Wirkung hat wie die Anfechtung des ganzen Geschäfts.

Ein Irrtum bezüglich der Benennung des Dritten stellt sich, da die Benennung nicht nachträglich noch erfolgen kann [222]), stets als ein Irrtum betreffend die ganze Nebenabrede dar. Diese aber bildet eine einheitliche Willenserklärung. Es erscheint mir daher nicht angängig, im Falle der unrechtmäßigen Hinterlegung nur die Benennung des Dritten anzufechten, so daß Hauptvertrag und Nebenabrede in Kraft blieben und der Hinterleger nur den infolge der Anfechtung weggefallenen Namen des Dritten durch einen andern zu ersetzen brauchte [223]).

2. Die Anfechtung erfolgt gemäß § 143, 1 durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

a) Dieser ist sehr einfach zu bestimmen, wenn der Irrtum untergelaufen ist beim Rücknahmeverzicht bezw. der Hinterleger nur hinsichtlich dieses anfechten will, denn der Verzicht ist gemäß § 376, 2^1 gegenüber der Hinterlegungsstelle abzugeben, ihr gegenüber ist also nach § 143, 3 auch anzufechten.

b) Ebenso einfach liegt die Sache, wenn sich der Irrtum bezieht auf den Verwahrungsvertrag, denn hier ist nach § 143, 2 Zeile 1 Anfechtungsgegner der andere Vertragsteil, also die Hinterlegungsstelle.

[221a]) Nämlich mit Ausnahme der Anfechtung nur des Rücknahmeverzichts.

[222]) Vgl. oben § 5.

[223]) Anders Hellwig S. 447 in Verbindung mit S. 292 I 1.

c) Zweifel hat man dagegen geltend gemacht, sobald der Irrtum betrifft die Nebenabrede.

Hellwig wirft nämlich die Frage auf[224]), ob auch hier nach § 143, 2 gegenüber der Hinterlegungsstelle anzufechten ist, oder ob nicht etwa gemäß § 143, 4 die Anfechtung gegenüber dem Dritten zu erfolgen habe, „da sich die Hinterlegung diesem gegenüber als ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft darstellt, welches nur die Eigentümlichkeit hat, daß es nicht die Willenserklärung eines Verfügungssubjektes ist, sondern der unter sich zum Vertrage geeinte Wille der Kontrahenten“[225]). Hellwig selbst entscheidet sich ohne eingehendere Begründung für das Erstere.

Daß der eben geltend gemachte Gesichtspunkt für die Anfechtungsgegnerschaft nicht maßgebend sein kann, erscheint mir zweifellos. Anzufechten hat bei einem einseitigen Rechtsgeschäft doch sicher derjenige, welcher es vorgenommen hat. Dies ist aber bei der Hinterlegung nicht ein einziger, sondern es sind die beiden Vertragschließenden. Sieht man also die Hinterlegung als ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten an, so kommt man zu dem Ergebnis, daß nur der Hinterleger und die Hinterlegungsstelle zusammen anfechten könnten, daß also eine Anfechtung durch nur einen Teil gar nicht als Anfechtung zu betrachten sei, und daß überhaupt die gesetzlichen Erfordernisse einer wirksamen Anfechtung nach §§ 119 ff.

---

[224]) S. 289 in Verbindung mit 256

[225]) Hellwig a. a. O.

hier bei beiden vorliegen müßten [225a]). In Durchführung dieser Ansicht würde man nun bei Anwendung der §§ 119—122 auf Schritt und Tritt Schwierigkeiten haben. Hinsichtlich des subjektiven Moments in § 119, 1 wäre zwar ein Ausweg noch zu finden. Der Hinterleger nämlich und die Hinterlegungsstelle zusammengenommen würden ihre Erklärung nicht abgegeben, d. h. den Hinterlegungsvertrag nicht geschlossen haben bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles, da der Hinterleger hier nicht zum Vertrage mitgewirkt haben würde; es würde also der Irrtum beim Hinterleger allein schon zur Anfechtung berechtigen. Weiter aber wäre nach § 122 der Erklärende verpflichtet, jedem Dritten das negative Interesse zu ersetzen, es würde sich also das höchst merkwürdige Resultat ergeben, daß die Hinterlegungsstelle [225b]) — denn sie und der Hinterleger sind „der Erklärende" in § 122 — dem Dritten entweder ganz [225c]) oder zur Hälfte [225d]) dafür entschädigungspflichtig würde, daß sich der Hinterlegende geirrt hat [226]). Dies würde wieder dazu führen, daß die Hinterlegungsstelle sich weigern würde, bei der Anfechtung mitzuwirken, es

---

[225a]) Man hätte sich gewissermaßen eine Idealperson vorzustellen, welche die Erklärung abgegeben hätte und bei welcher die Erfordernisse von §§ 119 ff. gegeben sein müßten.

[225b]) In Preußen der Staat.

[225c]) Nämlich wenn man solidarische Haftung annimmt.

[225d]) Bei Haftung pro rata.

[226]) Vgl. auch oben § 9, wo wir schon gegen ein solches Ergebnis Stellung zu nehmen hatten; vgl. dort auch wegen § 122, 2.

würde dann also eine Anfechtung der Nebenabrede wegen Irrtums bei Gültigkeit des Hauptvertrages nicht möglich sein, und daraufhin könnte man wieder die Frage aufwerfen, ob der Hinterleger sie deswegen belangen könne, etwa aus § 823. Genug, man sieht ein, daß eine solche Auffassung unmöglich dem Gesetze entsprechen kann.

Wir müssen deshalb davon ausgehen, daß der sich irrende Hinterleger[227]) allein berechtigt ist zur Anfechtung. Schwierigkeiten bereitet uns jetzt der verschiedene Standpunkt, den das Gesetz einnimmt in der Regelung der obligatorischen und der dinglichen Verhältnisse. Einerseits nämlich ist die Abrede der Leistung an den Dritten Teil des Vertrages mit der Hinterlegungsstelle[228]), die Anfechtung hat demgemäß nach § 143, 2 gegenüber der Hinterlegungsstelle zu erfolgen, andrerseits steckt nach unseren Ausführungen (§ 9) in dieser selben Abrede zugleich eine Übereignungsofferte an den Dritten. Solange nun der dingliche Vertrag noch nicht zustande gekommen ist, muß meines Erachtens ganz sicher der Umstand überwiegen, daß diese Offerte gegenüber der Hinterlegungsstelle abzugeben war[229]). Zweifelhafter ist die Sache aber, wenn infolge der Annahme des Dritten die Einigung erfolgt ist. Nunmehr liegt auch zwischen

[227]) Bei der Hinterlegungsstelle dürfte ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum bei der unrechtmäßigen Hinterlegung als solcher kaum vorkommen.

[228]) Vgl. auch Hellwig S. 289/90.

[229]) Vgl. oben § 9.

diesen beiden ein Vertrag vor, es müßte also von diesem Gesichtspunkt aus die Anfechtung gegenüber dem Dritten erfolgen, und man müßte demnach wohl Anfechtung gegenüber der Hinterlegungsstelle oder dem Dritten zulassen [229a]). Meiner Ansicht nach kommt jedoch auch hier dem Umstande, daß die Willenserklärung des Hinterlegers Teil des Hinterlegungsvertrages ist, die größere Bedeutung zu, denn, wie oben § 9 darlegt, hat jene Erklärung die Bedeutung einer Übereignungsofferte an den Dritten erst in zweiter Linie [230]).

Anfechtungsgegner ist demnach in allen Fällen der Anfechtung wegen Irrtums [230a]) die Hinterlegungsstelle [231]).

3. Mit erfolgter Anfechtung gilt der von der Anfechtung betroffene Teil der Willenserklärung nach § 142, 1 als von Anfang an nichtig, also zunächst entweder nur der Verzicht auf die Rücknahme oder der Verwahrungsvertrag, oder die Nebenabrede, eventuell auch mehrere dieser Teile.

[229a]) So Kohler Archiv S. 219 Z. 2 bezüglich des Rücknahmeverzichts.

[230]) Auch die Wirkung der Anfechtung bestätigt dies, vgl. unter Z. 3 dieses Paragraphen.

[230a]) Ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenstände dem Dritten bereits ausgehändigt sind oder nicht.

[231]) So auch Hellwig S. 290 oben, der zu diesem Ergebnis auf einfacherem Wege gelangt, da er den Eigentumsübergang nicht auf eine Einigung zwischen Hinterleger und Drittem, sondern auf die bloße Unwiderruflichkeit der Hinterlegung gründet; vgl. oben § 9.

Zu untersuchen ist aber noch, ob, wenn nur einer dieser Teile wegfällt, dadurch die Gültigkeit des übrigen Geschäfts berührt wird oder nicht. Maßgebend ist dafür § 139: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das Ganze nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." Soweit es sich um die Anfechtung nur des Rücknahmeverzichtes handelt, möchte ich danach annehmen, daß der ganze Vertrag im übrigen intakt bleibt, denn der Hinterleger[231a]) wollte seiner Verpflichtung die Wirkungen ihm gegenüber nehmen: konnte er dies nicht in dem Maße, daß die Verpflichtung gänzlich erlosch, so hätte er es doch wenigstens in der Weise getan, daß die Hauptwirkung gegen ihn beseitigt wurde.

Wird dagegen der Verwahrungsvertrag infolge der Anfechtung nichtig, so ist nicht nur nicht anzunehmen, daß die Vertragschließenden die Nebenabrede allein getroffen haben würden, sondern es ist sogar positiv anzunehmen, daß sie diese nicht getroffen haben würden, denn zu einer Leistung aus ihrem eigenen Vermögen an den Dritten, die bei Nichtabschluß eines Verwahrungsvertrages in Frage kommen würde, hätte sich die Hinterlegungsstelle niemals verstanden.

Ähnlich steht es bei Anfechtung der Nebenabrede: Einen bloßen Verwahrungsvertrag hätten die Parteien nicht geschlossen, weder der Hinterleger, denn er

---

[231a]) Nur auf den Hinterleger kommt es hier an, denn die Hinterlegungsstelle wäre zweifellos mit der Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht einverstanden gewesen.

wollte sich durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten befreien, noch die Hinterlegungsstelle, denn mit dem Abschluß von reinen Verwahrungsverträgen würde sie sich kaum befassen[232]).

Da mit der Nebenabrede auch das Recht des Dritten steht und fällt, so läßt eine Anfechtung nur des Rücknahmeverzichtes das Recht des Dritten als solches unberührt, während die Anfechtung der Nebenabrede oder des Hauptvertrages auch das Recht des Dritten mit rückwirkender Kraft beseitigt. In den beiden letzteren Fällen wäre also nach erfolgter Anfechtung auch zulässig die Klage auf Feststellung, daß der Dritte aus der Hinterlegung kein Recht erlangt habe (§ 256 Z. P. O.).

a. Befinden sich die Gegenstände noch bei der Hinterlegungsstelle, so kann im ersteren Fall (der Anfechtung nur des Rücknahmeverzichts) der Dritte, da sein Recht zur Empfangnahme bestehen bleibt, immer noch durch Annahme die Hinterlegung unwiderruflich machen und infolgedessen Eigentum erlangen sowie die Aushändigung fordern, selbst wenn der Hinterleger mit der Anfechtung zugleich die Gegenstände zurückgefordert hatte[233]). Solange dies jedoch nicht geschieht, kann der Hinterleger mittelst seiner ihm nun wieder

---

[232]) Die Anfechtung mehrerer jener Teile würde nach dem Gesagten stets die Nichtigkeit des Ganzen herbeiführen.

[233]) Vgl. oben § 8. Die Anfechtung des Verzichts allein wird daher im allgemeinen nicht zu empfehlen sein, zumal eine spätere Anfechtung von Hauptvertrag oder Nebenabrede wahrscheinlich nicht mehr unverzüglich wäre.

zustehenden actio depositi die hinterlegten Sachen bezw. tantundem zurückverlangen.

In den beiden übrigen Fällen ist die Hinterlegungsstelle bezw. der Staat auf Kosten des Hinterlegers ohne rechtlichen Grund bereichert, sie haftet diesem daher auf die Bereicherung gemäß § 819, 1 Teil 2 und, wenn sie den Irrtum des Hinterlegers und damit die Anfechtbarkeit kannte, wegen § 142, 2 nach § 819, 1 Teil 1. Andererseits kann in allen drei Fällen die Hinterlegungsstelle gemäß § 122, 1 Ersatz des negativen Interesses vom Hinterleger beanspruchen, außer wenn sie die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte (§ 122, 2).

b. Waren die Gegenstände im Augenblick der Anfechtung bereits an den Dritten ausgeliefert, so hat eine Anfechtung des Rücknahmeverzichtes nicht mehr die Folge, daß der Hinterleger die actio depositi geltend machen kann, denn der Auslieferung muß eine Annahme durch den Dritten vorangegangen sein, das Rücknahmerecht des Hinterlegers wäre also aus diesem Grunde immer noch ausgeschlossen [§ 376,2 2][234]).

Mit Anfechtung der Nebenrede aber oder des Hauptvertrages und der damit bewirkten Nichtigkeit des ganzen Vertrages kann sich nun der Hinterleger zwar nicht mehr an die Hinterlegungsstelle halten[234a]),

[234]) Auch wenn dies nicht der Fall wäre, würde dieses Recht praktisch dem Hinterleger nicht helfen, da die Hinterlegungsstelle mit der Forderung auf Ersatz des negativen Interesses aus § 122, 1 aufrechnen würde. Von Bedeutung ist das oben Festgestellte aber für die Anfechtung aus § 123, vgl. unten § 12.

[234a]) Außer wenn sie die Anfechtbarkeit kannte; §§ 819, 142, 2.

denn sie ist nicht mehr bereichert, wohl aber hat jetzt die Leistung an den Dritten mit rückwirkender Kraft ihren Rechtsgrund verloren, der Hinterleger kann daher von diesem kondizieren[235]). Ferner gilt bei den nicht in das Eigentum der Hinterlegungsstelle übergegangenen Gegenständen der mittelbare Besitz seitens des Dritten als nicht erworben und die dingliche Einigung als nicht erfolgt, also auch das Eigentum an dem Hinterlegten als nicht erworben [236]).

Demgemäß kann der Hinterleger hier eventuell auch mit der dinglichen Klage gegen jenen und, soweit nicht die Vorschriften über den Erwerb vom Nichteigentümer eingreifen, auch gegen Sonderrechtsnachfolger desselben vorgehen.

4. Endlich ist noch die Frage aufzuwerfen[237]), wie sich die Hinterlegungsstelle zu verhalten hat, wenn der Dritte bereits die Leistung heraus verlangt, bevor der

---

[235]) Vgl. auch Hellwig S. 296 und unten. Auch die Hinterlegungsstelle könnte dies tun, sie wird aber schwerlich Gebrauch machen von dieser Befugnis, denn bei erfolgreicher Kondiktion ihrerseits wäre sie auf Kosten des Hinterlegers bereichert und müßte ihm das erlangte wieder herausgeben.

[236]) Die Anfechtung des Nebenvertrages mit der Hinterlegungsstelle hat also auch ohne weiteres zur Folge die Rückgängigmachung der dinglichen Einigung, ein weiterer Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht, daß die Hinterlegungserklärung eine Offerte an den Dritten erst in zweiter Linie enthält, vgl. oben § 9. In dem Wegfall der dinglichen Wirkung besteht der Hauptunterschied von der Sachlage in § 13 dieser Arbeit.

[237]) Vgl. Hellwig S. 292 II.

Hinterleger angefochten hat, und sie die Anfechtbarkeit kennt.

Darf sie hier die Leistung verweigern, bis es sich entschieden hat, ob die Anfechtung erfolgen wird oder darf sie es nicht, d. h. nach dem Sprachgebrauch des B. G. B.: Begründet die Anfechtbarkeit durch — verallgemeinert — den Stipulanten eine Einrede für den Promittenten gegenüber dem Dritten?

Hellwig[238]) meint, aus § 768: „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen“ in Verbindung mit § 770: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten“ und mit § 1211 könnte man folgern, daß die Anfechtbarkeit keine Einrede begründe, denn sonst müßte man § 770,1 für völlig überflüssig halten. Gleich wohl entscheidet sich Hellwig[239]) aus dem weiter unten angeführten Grunde für die Bejahung der Frage. Dies halte ich auch für zweifellos richtig[240]).

Das Gegenteil ergibt sich keineswegs aus jenen von Hellwig herangezogenen Paragraphen, denn einmal deutet der in § 770 gebrauchte Ausdruck: „.... kann die Befriedigung,“ (also doch „die Leistung“) verweigern“, schon auf die Begründung einer Einrede hin, und ferner nennt das Gesetz in §§ 202,2 1137

[238]) S. 293.

[239]) a. a. O.

[240]) Anders Schollmeyer zu § 334 Z. 2a am Ende, ohne Angabe von Gründen.

und 1211 dieses Recht des Bürgen auch ganz ausdrücklich eine Einrede. Demnach ist § 770,1 lediglich eine teilweise Interpretation des § 768, welche nichts anderes besagt als: „Eine Einrede im Sinne des § 768 begründet auch der Umstand, daß usw.". Man könnte daher aus §§ 768, 776, 1211 eher folgern, daß analog auch der Versprechende beim Vertrage zu gunsten eines Dritten eines solche Einrede habe, als daß dies nicht der Fall sei.

Für die Richtigkeit unserer Ansicht spricht auch folgende Erwägung[241]): Würde die Hinterlegungsstelle an den Dritten leisten trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit, und würde dann der Hinterleger den Hauptvertrag oder die Nebenabrede wirksam anfechten, so könnte der Hinterleger nun, wie oben bemerkt, nach §§ 819, 142 Erstattung von der Hinterlegungsstelle verlangen. Ein Anspruch aus § 122,1 stände ihr nach § 122,2 nicht zu, ebensowenig könnte sie von dem Dritten kondizieren nach §§ 814 bezw. 815, 142,2. Das Gesetz würde sie also für etwas bestrafen, wozu sie nach dem Gesetz selbst verpflichtet gewesen wäre, ein ganz unmögliches Resultat.

Sollte man hierin aber auch anderer Ansicht sein, so spricht für unsere Behauptung doch auch folgendes: Nach § 372,2 wäre die Hinterlegungsstelle befugt zur Hinterlegung, weil sie ihre Verbindlichkeit aus einem „anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde nicht mit Sicherheit erfüllen könnte[242]). Diese

[241]) Hellwig S. 293/94.

[242]) So auch Planck zu § 142 Z. 4.

Hinterlegung müßte nach § 374 bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsortes erfolgen, also wieder bei dieser selben Hinterlegungsstelle. Nun könnte sie als Schuldnerin auf das Hinterlegte verweisen (§ 379,1) bezw. sie wäre überhaupt befreit (§ 378), und als Hinterlegungsstelle könnte sie den Nachweis verlangen, daß die Anfechtung nicht erfolgen werde. Daß aber bei solcher Sachlage der Akt der Hinterlegung tatsächlich realisiert werde, wird wohl niemand verlangen[243]).

§ 12.

b) Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung.

I. Weniger von Bedeutung als die Anfechtung wegen Irrtums, aber immer auch noch wichtig genug für die Beseitigung der Wirkungen einer unrechtmäßigen Hinterlegung wird sein die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

1. Inbetreff ihrer Zulässigkeit unterscheidet das Gesetz in § 123, soweit die Hinterlegung in Frage kommen kann, 3 Fälle:

a) Ging die Täuschung von einer Vertragspartei aus, so ist nach Abs. I der andere schlechthin zur Anfechtung berechtigt, ohne Rücksicht auf das Kennen oder Kennenmüssen des Dritten. Dies könnte bei der Hinterlegung praktisch werden z. B., wenn jemand wissentlich für einen Nichtgläubiger hinterlegt, um die Gegenstände dem Zugriffe seiner Gläubiger zu ent-

[243]) Ebenso Hellwig Anm. 933, ähnlich auch Seligsohn S. 329.

ziehen. Die Hinterlegungsstelle hätte bei Kenntnis der Sachlage zu einer solchen betrügerischen Manipulation nicht mitgewirkt, sie ist vielmehr durch arglistige Täuschung dazu bewogen und deshalb berechtigt, dem Hinterleger gegenüber den Vertrag anzufechten.

Eine arglistige Täuschung des Hinterlegers durch die Hinterlegungsstelle dürfte wohl schwerlich vorkommen. In dieser Hinsicht also würde die Gesetzesvorschrift praktisch ohne Bedeutung sein.

b) Täuschte eine dem Vertrage fernstehende Person [244]), so ist nach § 123,2 Satz 1 Anfechtung möglich, wenn der andere Kontrahent die Täuschung kannte oder kennen mußte, gleichviel wieder, ob der Dritte gutgläubig war oder nicht. Große Bedeutung wird auch diese Vorschrift für die Hinterlegung nicht haben.

c) Außerdem bestimmt nun § 123,2 Satz 2: „Soweit ein anderer, als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte". Wenn man diese Bestimmung unbefangen liest, so denkt man gewiß unwillkürlich an die Verträge zugunsten Dritter; und in der Litteratur wird bei Besprechung des § 123 auch fast ganz allgemein [245]) auf diese als Beispiel verwiesen.

---

[244]) Hiermit bezeichnen wir, um Verwirrungen zu vermeiden, den „Dritten" des § 123, 2, während „Dritter" bei uns nach wie vor der aus der Hinterlegnng Berechtigte sein soll.

[245]) Vgl. Achilles zu § 123 Anm. 7, Cosack I § 65 I 1 d, Crome I § 95 Z. 4 a am Ende S. 431, Dernburg I § 146 V,

Gegen die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Verträge zu gunsten Dritter könnte man einwenden wollen, daß dem der Gesetzestext widerspräche. Dieser verlangt, daß der Dritte aus der Erklärung, welche durch die Täuschung hervorgerufen wurde, unmittelbar ein Recht erlangt. Beim Vertrag zu gunsten eines Dritten aber erwirbt der Dritte sein Recht nicht aus der Erklärung des Versprechenden allein, und noch weniger natürlich aus der Erklärung des Versprechensempfängers, sondern aus den zum Vertrage vereinigten Erklärungen beider. Indessen kann diese Ausdrucksweise des Gesetzes nichts schaden, denn § 143,2 bestimmt deutlich: „Anfechtungsgegner ist .... im Falle des § 123 Abs. 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrage unmittelbar ein Recht erworben hat".

Hellwig, welcher[246]) entgegen der allgemeinen Meinung die Geltung jener Bestimmung für die Verträge zu gunsten Dritter bestreitet, behauptet, der Wortlaut des Gesetzes stehe insofern entgegen, als gemäß § 123,2[2] nur der Dritte, nicht auch eine beim Vertrage beteiligte Person, ein Recht erlangt haben kann, was auf die Verträge zu gunsten Dritter wegen des § 335 nicht zutreffe.

Wenn man aber auch nicht mit Hölder[247]) aus dem „soweit" in § 123,2 den Schluß zieht, daß das

Endemann I § 72 Anm. 15 S. 358, wenn auch zweifelnd, Gareis zu § 123 Z. 3, Planck zu § 123 Z. 5, besonders auch Hölder zu § 123 Z. 5 S. 276. Anders meines Wissens nur Hellwig S. 286/87.

246) a. a. O.

247) a. a. O.

Gesetz gerade solche Fälle meine, bei denen der Erklärungsempfänger und der Dritte berechtigt würden[247a]), so ist doch Hölder jedenfalls darin beizustimmen, daß von einer solchen Beschränkung nichts im Gesetze selbst angedeutet ist.

Das zweite Argument Hellwigs aber[248]), bei den Verträgen zu gunsten Dritter werde in der Person des Dritten auch dem Versprechensempfänger geleistet, diesem gegenüber aber sei bei Gutgläubigkeit nach § 123,1 die Anfechtung ausgeschlossen, mithin könne nicht durch Anfechtung gegenüber dem Dritten, zumal wegen § 139 (Nichtigkeit des Ganzen im Zweifel!) auch dem gutgläubigen Versprechensempfänger gegenüber der Vertrag hinfällig gemacht werden, ist de lege ferenda sicherlich vollständig gerechtfertigt, an der positiven Bestimmung des § 123,2[2] jedoch, welche eben das Prinzip des Abs. 1 durchbricht[248a]), kann dies nichts ändern. Zudem träfe dieser Einwand auch nur den Fall, daß der Versprechende getäuscht ist. Bei der Hinterlegung aber ist von Wichtigkeit gerade der Fall, daß der Hinterleger, also der Versprechensempfänger, durch Täuschung seitens einer nicht am Vertrage beteiligten Person[249]) zur Hinterlegung bewogen

---

[247a]) Denn es ist immerhin fraglich, ob nicht das „soweit" lediglich die Bedeutung von „wenn" hat.

[248]) a. a. O.

[248a]) Wahrscheinlich ist dies dem Gesetzgeber ganz unbewußt geblieben.

[249]) Nur hierauf bezieht sich Absatz 2 Satz 2 nach seiner Stellung im Gesetze.

worden ist, und zwar nicht die Hinterlegungstelle, wohl aber der Dritte die Täuschung kannte oder kennen mußte. Hier ist der Hinterleger allerdings nicht berechtigt, den ganzen Vertrag anzufechten[250]), wohl aber darf er entweder seinen Verzicht auf die Rücknahme[251]) oder die Nebenabrede anfechten.

2. Im Falle a und b unter 1 ist Anfechtungsgegner gemäß § 143,2 der andere Vertragsteil[251a]), denn die Hinterlegung ist, wie im vorigen Paragraphen festgestellt, bezüglich der Anfechtungsgegnerschaft nicht als ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten aufzufassen. Für den Fall des § $123,2^2$ ist durch § 143,2 ausdrücklich bestimmt, daß die Anfechtungserklärung an den Dritten zu richten sei.

Wird nur der Rücknahmeverzicht angefochten, so ist nach unserer Auffassung zunächst gemäß § 143,2 anzufechten gegenüber dem Dritten, da aber der Rücknahmeverzicht zugleich ein Rechtsgeschäft ist, welches gegenüber der Hinterlegungsstelle vorzunehmen war, so ist nach § 143,3 auch möglich Anfechtung gegenüber dieser[252]).

---

[250]) Vgl. aber unten Nr. 3 in Verbindung mit oben § 11 Z. 3.

[251]) Selbstverständlich nur, wenn ein solcher überhaupt abgegeben ist. Zwar hat hier der Dritte nicht aus dem Verzicht ein Recht erworben, sondern nur die Verstärkung eines Rechts, denn dieses selbst hatte er schon aus der Nebenabrede allein; immerhin aber wird man nach der ratio legis dem Hinterleger, wenn er dies will, analog auch die Anfechtung nur des Verzichts gestatten können.

[251a]) Vgl. auch oben § 11 Z. 2c.

[252]) Im Resultat übereinstimmend Kohler S. 219 Z. 2.

3. Die Wirkungen der Anfechtung und der Anfechtbarkeit sind dieselben wie im vorigen Paragraphen [253]).

II. Am wenigsten von Bedeutung dürfte wohl die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung sein, denn wenn jemand sich oder einem anderen mittelst Drohung einen Vermögensvorteil zuwenden will, so wird er dies meist direkt und nicht auf dem Umwege der Hinterlegung bewerkstelligen.

Gestattet ist die Anfechtung nach § 123,1, mag die Drohung ausgehen vom anderen Kontrahenten oder von einer dem Vertrage fernstehenden Person, mag der andere oder der Dritte bösgläubig sein oder nicht.

Anfechtungsgegner ist bei der Hinterlegung stets der andere Vertragskontrahent [254]), also grundsätzlich wohl die Hinterlegungsstelle. Was die Wirkungen der Anfechtung und der Anfechtbarkeit betrifft, so können wir auf das im § 11 Gesagte verweisen.

§ 13.

c) Die Klage auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung.

Die im Vorstehenden erörterten Mittel, das Hinterlegte wieder zu erlangen, dürften für den Hinterleger die am schnellsten wirkenden sein, da sie meist das Recht des Dritten sofort vernichten. Nun wird aber nicht bei jeder Hinterlegung ein zur Anfechtung

[253]) Stahl S. 23/24 übersieht, daß gemäß § 139 im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist.

[254]) Vgl. oben § 11.

berechtigender Irrtum bezw. eine solche Täuschung oder Drohung vorliegen, die Anfechtung aus diesen Gründen also nicht immer möglich sein. Ferner ist die Wirksamkeit der Anfechtung immer an gewisse Erfordernisse geknüpft, deren Fehlen dem Hinterleger die Benutzung dieses Mittels dauernd unmöglich macht[254a]). Daher gewährt das Gesetz dem Hinterleger noch in grundsätzlich[254b]) allen Fällen ein anderes Mittel zur Ausgleichung des Schadens in den §§ 812 ff.

I. § 812 bestimmt: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt".

Daß der Dritte durch das aus der unrechtmäßigen Hinterlegung erworbene Recht bezw. durch die Gegenstände, die er daraufhin erlangt hat, auf Kosten eines andern ungerechtfertigt bereichert ist, erscheint von vornherein zweifellos. Wer nun dieser „andere" ist, der dem Dritten die Leistung macht und auf dessen Kosten er ungerechtfertigt bereichert ist, ist bei den Verträgen zu gunsten Dritter im allgemeinen sehr streitig[255]). In-

[254a]) Es sei ganz besonders an das Erfordernis der Unverzüglichkeit bei der Anfechtung wegen Irrtums erinnert.

[254b]) Vgl. oben § 10.

[255]) Vgl. z. B. Hellwig § 51 I und II, Motive II S. 269 oben, Regelsberger in Endemanns Handbuch II S. 475, Stahl S. 13, 26 ff., und die bei diesen Zitierten.

dessen dürfte sich der Streit wohl hauptsächlich beziehen auf den Lebensversicherungsvertrag und ähnlicher Geschäfte. Es soll deshalb für die Hinterlegung nur kurz auf folgendes hingewiesen werden:

Der eigentlich wesentliche Moment für die Entstehung des Rechtes gerade in der Person des Dritten ist dessen Benennung. Diese aber erfolgt durch den Hinterlegenden frei nach seinem Belieben, ohne daß die Hinterlegungsstelle etwas einwenden dürfte[255a]); benennt er den A, so erwirbt dieser das Recht, hinterlegt er für B, so erlangt es dieser. Daraus dürfte sich mit Sicherheit ergeben, daß der Hinterlegende es ist, der dem Dritten das Recht zuwendet, und daß die Hinterlegungsstelle gewissermaßen nur als ein Apparat inbetracht kommt, den der Hinterleger einseitig[255b]) in Bewegung setzen kann, um dem Dritten das Recht zu verschaffen[256]).

Durch diese Leistung des Hinterlegers aber ist der Dritte auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund bereichert. Dem Dritten nämlich ist die Hinterlegungsstelle keineswegs ohne rechtlichen Grund verpflichtet, denn ein die Vermögensverschiebung recht-

[255a]) Wenigstens solange er das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit behauptet.

[255b]) Denn die Hinterlegungsstelle ist ja bei der rechtmäßigen oder anscheinend rechtmäßigen Hinterlegung zum Kontrahieren verpflichtet!

[256]) Es ist damit ganz ähnlich wie mit der Übersendung durch die Post; vgl. oben § 2. Dort würde wohl auch niemand behaupten, daß die Post dem Empfänger eine Vermögenszuwendung gemacht habe.

fertigendes Kausalverhältnis zwischen ihr und dem Dritten bildet der mit dem Hinterleger geschlossene Verwahrungsvertrag mit der Abrede, daß die Leistung an den Dritten zu erfolgen habe, falls der Hinterleger nicht zurücknimmt. Ebensowenig wird durch die Zuwendung an den Dritten das Vermögen der Hinterlegungsstelle geringer. Vielmehr ist es der Hinterleger, dessen Vermögen durch die Hinterlegung ärmer wird und der dem Dritten das Recht bezw. die Gegenstände zugewendet hat, ohne daß ein Kausalverhältnis zwischen ihm und jenem dies rechtfertigte. Der Dritte ist daher dem Hinterleger zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet [257]) [258]) und zwar nicht nur für den Fall, daß die Hinterlegung bereits unwiderruflich geworden ist, sondern auch bei noch widerruflichlicher Hinterlegung, denn ein wenn auch widerrufliches Recht fällt meines Erachtens ganz zweifellos unter den weiten Begriff des „etwas“ in § 812 [259]).

---

[257]) So auch Hellwig S. 456 Z. 7, Jokubezky S. 61 zu § 274, Mayring zu § 378 Z. 3b β, Müller S. 492/93, Planck zu § 378 Z. 2 Abs. 2.

[258]) Nicht auch der Hinterlegungsstelle. Die Klage ist nur eine persönliche; gegen Singularsuccessoren des Dritten könnte also der Hinterleger nicht vorgehen, soweit nicht § 822 zutrifft. Beides ist anders im Falle vorheriger Anfechtung; vgl. oben §§ 11, 12.

[259]) Anders Hellwig S. 461 und Müller Anm. 200 und S. 501 Mitte, offenbar, weil sie bei Einwilligung des Dritten dem Hinterleger die Rücknahme kraft eigenen Rechts gestatten; vgl. dazu unten S. 116. Die Bedeutung der Frage ist nicht etwa blos eine theoretische, vgl. Hellwig a. a. O., der bei seiner Auffassung alsbald in Schwierigkeiten gerät, und bei uns unten S. 116/17.

Die Verpflichtung zur Herausgabe kann sich übrigens stützen entweder auf den ersten Grund des § 812[259a]) oder auf den zweiten[259b]) oder auf den dritten[259c]), oder auch auf zwei von diesen Gründen[259d]).

II. Die Herausgabe der Bereicherung ist sehr einfach, wenn dem Dritten die Gegenstände bereits ausgehändigt sind.

Ist dies nicht der Fall, so dürfte sie am einfachsten erfolgen durch Einwilligung des Dritten in die Rücknahme[260]), denn dann darf nach § 30, 3 H. O. die Auszahlung von der Hinterlegungsstelle nicht verweigert werden.

Nun steht im B. G. B. aber nirgends etwas davon, daß bei Einwilligung des Dritten der Hinterleger zurücknehmen könne trotz § 376, 2, und es fragt sich daher, wie die Einwilligung juristisch aufzufassen ist.

Allgemein erklärt man die Einwilligung für einen Verzicht des Dritten auf das aus der Hinterlegung erworbene Recht, welcher die selbstverständliche Folge habe, daß der Hinterleger kraft eigenen Rechts, mit seiner wieder in Kraft tretenden actio depositi zurück-

---

[259a]) Z. B. bei Hinterlegung für einen vermeintlichen Gläubiger, während die angebliche Schuld überhaupt nicht besteht.

[259b]) Z. B. Wenn der Gläubiger vor Eintritt der Unwiderruflichkeit mit einer vom Hinterleger nicht beachteten Forderung aufrechnet.

[259c]) Z. B. bei nicht obligationsgemäßer Beschaffenheit der hinterlegten Gegenstände und Nichtannahme durch den Gläubiger.

[259d]) Z. B. bei Hinterlegung für einen Nichtgläubiger, während die Schuld besteht.

[260]) So die allgemeine Meinung, vgl. Anm. 257.

nehmen könne [261]). Man würde aber hier bei dieser Ansicht wohl 2 Fälle unterscheiden müssen, nämlich einmal, daß der Dritte das Recht noch nicht angenommen hat und ferner, daß er bereits die Annahme erklärt hat. Allein im letzteren Fall könnte man in der Einwilligung einen — nur vertragsmäßig und wenigstens prinzipiell ex nunc wirksamen — Verzicht erblicken, während sie ersterenfalls als die — einseitige — Zurückweisung mit rückwirkender Kraft des § 333 anzusehen wäre [262]).

Meines Erachtens ist jedoch jener Auffassung überhaupt nicht zuzustimmen. Von vornherein erscheint es mir gar nicht als Vorteil einer Konstruktion, daß der Hinterleger nach ihr bei Einwilligung des Dritten sein eigenes Recht (ex deposito) ausübe, wenn er zurücknehme [263]), denn es bleibt doch immerhin fraglich, ob man die Bestimmung des § 382 so verallgemeinern darf, daß bei Einwilligung des Dritten der Hinterleger ohne Zustimmung der Hinterlegungsstelle zurücknehmen dürfe [263a]). Ferner führt jene Auffassung zu einem sehr wenig brauchbaren Resultat, wenn nicht der Hinterleger selbst, sondern einer seiner Gläubiger,

---

[261]) Vgl. Dernburg II 1 S. 279 Z. 3a, Hellwig S. 454c Abs. 2, Müller S. 492, Oertmann zu § 376 Z. 2aβ, Schollmeyer zu § 376 Z. 2aβ.

[262]) So auch Crome II 1 S. 284.

[263]) So Hellwig a. a. O.

[263a]) Der Verzicht auf die Rücknahme betrifft ebenso wie das Rücknahmerecht selbst in erster Linie das Verhältnis zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle.

welcher dessen condictio gepfändet hat, die Herausgabe verlangt. Wäre hier der Dritte bereits im unmittelbaren Besitz der Gegenstände, so könnte sie nun der Gläubiger einfach an sich herausverlangen. Wäre dies dagegen noch nicht der Fall, so könnte er von dem Dritten auf Grund der gepfändeten condictio die Einwilligung in die Rücknahme verlangen und müßte nun die infolge dieser Einwilligung nach der Gegenansicht wieder auflebende actio depositi des Hinterlegers ebenfalls erst pfänden lassen, ja, er hätte, damit nicht die Hinterlegungsstelle vor Zustellung des Pfändungsbeschlusses dem von seinem Rücknahmerecht Gebrauch machenden Hinterleger die Gegenstände aushändigt, auch vorher noch eine einstweilige Verfügung zu erwirken, um dies zu verhindern [264]).

Eine solche Verschiedenheit der Behandlung, je nachdem, ob die Gegenstände dem Dritten ausgehändigt sind oder nicht, scheint mir nicht gerechtfertigt, die Konstruktion also nicht zutreffend.

Wenn § 812 also bestimmt, daß der Bereicherte zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet sei, und dieser seiner Verpflichtung durch die Einwilligung in die Rücknahme nachkommt, so ist meines Erachtens

[264]) Ähnlich würde es stehen, wenn bei widerruflicher Hinterlegung ein Gläubiger des Hinterlegers die condictio pfänden ließe. (Zustehen muß eine solche dem Hinterleger auch hier, vgl. oben § 10): Bei Geltendmachung der condictio durch den Pfändungsgläubiger müßte nun der Dritte seine Einwilligung erteilen zur Rücknahme, die dem Hinterleger ohnedies möglich ist, und der Pfändende müßte sich nun erst wieder an dieses Rücknahmerecht halten (jetzt würde ihm § 377 allerdings nicht mehr entgegenstehen).

in der Einwilligung im Einverständnis mit dem Hinterleger eine Übertragung des dem Dritten zugewandten Rechts zu erblicken. Dieses also übt der Hinterleger aus, wenn er die Gegenstände von der Hinterlegungsstelle verlangt [265]).

Daß hiernach die Hinterlegungsstelle die Einwendungen, welche sie gegen den Dritten hatte, auch dem Hinterleger entgegensetzen kann, möchte ich für völlig angemessen halten [266]), denn dies wäre ja auch der Fall gewesen, wenn der Dritte die Gegenstände bereits erlangt hätte und der Hinterleger sie jetzt von ihm kondizierte. Soweit aber durch die Geltendmachung von Einwendungen seitens der Hinterlegungsstelle der Dritte bereichert ist, man denke z. B. an Kompensation, könnte der Hinterleger von diesem die Bereicherung auch noch herausverlangen.

Daß der Hinterleger durch unsere Auffassung der Einwilligung möglicherweise geschädigt wird, kann kein Gegenargument bilden, denn er handelt eben, wenn er für einen falschen Gläubiger unwiderruflich hinterlegt, ebenso auf eigene Gefahr, wie wenn er an einen solchen leistet.

Bei Verweigerung der Einwilligung durch den Dritten wäre diese durch Urteil gemäß § 894 Z. P. O. zu erlangen.

---

[265]) Eine Rücknahme im streng juristischen Sinne, eine actio depositi, liegt also hier nicht vor, wohl aber eine solche im Sinne des täglichen Lebens, insofern als der Hinterleger nur etwas erhält, was er selbst — bezw. wovon er tannundem hingegeben hat.

[266]) Anders Schollmeyer zu § 376 Z. 2aβ.